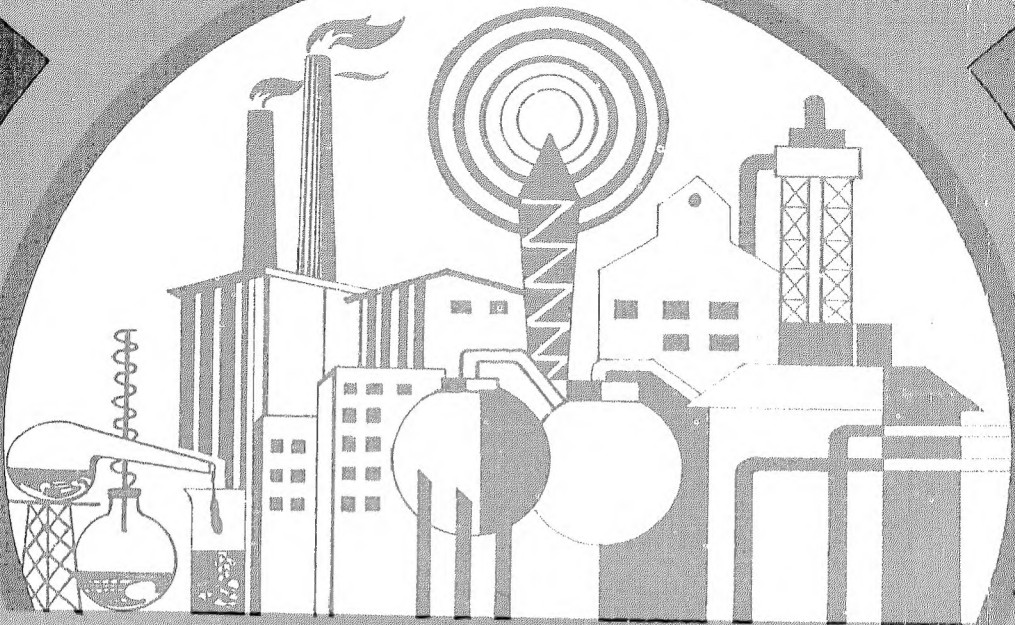


# عقائد الاشتقاق

أو « عقد المقاولنة »  
في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة



د. كاسب بن عبد الكريم البدران  
رئيس قسم الثقافة الاسلامية واللغة العربية  
كلية التربية - جامعة الملك فيصل  
والباحث في الموسوعة الفقهية سابقا.

297.16  
B138

297.13  
120  
ع

إهداءات ٥٠٠  
د/كاتبه عبد الكريم السراة  
أستاذ الاقتصاد الإسلامي المشارك  
وكيل عمادة شؤون المكتبات بالجامعة

المجلة العامة للكتاب الاسكندرية
رقم العدد : ١٠
رقم التسجيل ٣٨٥٦

د. كاسب بن عبد الكريم البدران  
رئيس قسم الثقافة الاسلامية  
واللغة العربية  
كلية التربية - جامعة الملك فيصل

# عَقْدُ الْاِسْتِصْنَاءِ

أو « عقد المقاوله »

في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة



General Collection of the Alexandria Library (GOAL)  
Bibliothèque Générale d'Alexandrie

طبعة جديدة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الطبعة الأولى عام ١٣٩٨هـ / ١٩٧٩م  
الطبعة الثانية عام ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م  
حقوق الطبع محفوظة



بسم الله الرحمن الرحيم

تقريظ \*

مما لا ينسى أبدا ومما لا يجهل أبدا ما نراه ونقرؤه من  
ققزات جامعاتنا .. وتطورها بحيث بدأت توجد مجالات  
واسعة وحقولا نافعة ينفذ منها الدارس الى أعماق علوم  
اللغة والدين والشريعة .. ينال ابن البلد رسالة الماجستير  
والدكتوراه في بلده وجامعته بدلا من دراسته في بلاد أخرى ..  
وهذا لاشك كسب للبلاد وبناء للأفكار وتغذية للعقول ولتكون  
الجامعة معينا عذبا ينهل منه الطالب الجاد ذو الهدف الأسمى  
والغاية المثلى .. ان هذه الرسائل التي بذل فيها الجهد وأمضى  
فيها الدارس سنوات سواء كان هنا أو هناك في أى بلد تتوفر  
فيه المراجع والدراسة ..

ان هذه الرسائل مع الأسف تضيع في تلافيف الاختبارات  
ورفوف المكتبات يعلوها الغبار ...

وعلى الجامعة والطالب معا ان يتعاونوا في طباعتها لأنها  
جهد مشرف لا يوجد في كتاب ولكنه منقول من عشرات الكتب ..  
.. واليوم نصل الى رسالة في « عقد الاستصناع » دراسة  
مقارنة للطالب كاسب بن عبد الكريم البدران في معهد القضاء  
العالى في جامعة الامام محمد بن سعود .. قرأت هذه الرسالة  
التي حوت مالد وطاب في هذا الباب — تقع في أكثر من « ٢٥٠ »  
صفحة من القطع الكبير . اخذها من عشرات المراجع وبها  
عشرات الأبواب والمباحث ومكتباتنا الاسلامية في أمس الحاجة  
اليها ..

الشيخ عثمان الصالح

رئيس تحرير مجلة البحوث الاسلامية

الرياض



## مقدمة الطبعة الأولى

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام  
على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ..  
وبعد :

فبعونه تعالى وتوفيقه ، اخترت الكتابة في  
عقد الاستصناع في الشريعة الإسلامية كي  
أحصل بها ساقدمه في هذا البحث المتواضع على  
درجة « الماجستير » من المعهد العالي للقضاء  
.. وهذا هو المتبع في المعهد العالي للقضاء لمن  
أراد الحصول على الماجستير .

ان هذا الموضوع طالما فكرت فيه لما هو واقع في معاملات الناس  
اليوم ، ولقد وجدت أن كثيرا من معاملاتهم الحاضرة تقوم على طلب  
الصنعة . فاستشرت كثيرا من العلماء عن هذا الموضوع وجدوى دراسته  
مع قلة المصادر فيه عموما . وخاصة عند المذاهب الثلاثة ( المالكية ،  
الشافعية ، الحنابلة ) فأشاروا على بدراسته وأن العبرة هي في اخراج  
فكرة عن الموضوع اخراجا يبين فيه رأى الفقه الاسلامى في معاملة جرى  
المعرف الآن على التعامل بها افرادا وشركات وحكومات . وليست العبرة  
بكثرة الصفحات . فهناك موضوعات يمكن أن تسود فيها مئات الصفحات  
بالمئات دون أن تكون ذات نفع كبير .

ونحن نعرف أن مايستجد من حضارة صناعية وتجارية يحتاج الى  
الضبط بمعيار فقهى اسلامى دقيق ، يعين الناس على الاستقرار في هذه  
الحياة .

والاستصناع بعد تطور الحياة ونمو الحضارة وشمول النهضة  
الصناعية جميع الدول كبيرها وصغيرها أصبح موضوعا هاما يجب  
العناية به ، تنظيما وتكيفا حتى يؤدي دوره في خدمة الانسانية .

فالمصانع الكبيرة والصغيرة بكامل دورة الحياة غيرها من انشاء  
المصنع حتى التسويق ، تحتاج الى تشريع ينظم حقوق عمالها وأصحاب  
رؤوس الأموال فيها ، ويحفظ كذلك حقوق المتعاملين معها . لئلا تكون  
الصناعة سببا في سيطرة وتنافس قاتلين ، سواء على مستوى الأفراد  
او الجماعات او على مستوى الحكومات في بعض الحالات

وليس هناك من تشريع غير الاسلام نظم التعامل بهذا الأسلوب تنظيميا  
دقيقا . ضبط فيه حقوق الصانع والمستصنع .

ولهذه الاسباب وغيرها اخترت تحمل المشقة في بحث هذا الموضوع  
لأضع لبنة مع غيرى في ايجاد توضيح له أروى به ظمأ المتعطشين  
الى معرفة الحق بدلا من التهافت على سراب النظم الغربية والادعاء  
بدعوى باطلة ضد الاسلام .

غزمت وتوكلت على الله سبحانه على الكتابة بهذا الموضوع الذى  
تعامل به المجتمع منذ القدم وازداد هذا التعامل في وقتنا الحاضر زيادة  
كبيرة خاصة وأن ما تعومل به بين البلدان يزد من ضخامة التعامل .

فسهولة المواصلات زادت من هذا التعامل الخارجى الذى هو الشغل  
الشاغل لكثير من المسلمين في تنظيم التجارة . وقد قمت بدراسة الاستصناع  
في النظام الوضعى فقها وقانونا ، وأكثر ماركزت على القانون المدنى المصرى .  
وبينت موقف النظم الوضعية من الاستصناع وناقشتها ، وقارنت بينها .  
ان ابراز هذا النوع من التعامل للمجتمع انما هو خدمة للاسلام وابرار  
لما احتوته كنوز الفقه الاسلامى .

وازاحة الستار عن هذه الثروة الفقهية الفذة التى هى بعض ما أرسنه  
هذه الشريعة الغراء من نظم كفيلة بسعادة البشرية في كل زمان ومكان  
الى أن يرث الله الأرض ومن عليها .

### خطة البحث :

سأسير في دراستى للاستصناع على الخطة التالية :

افتتح رسالتى بتمهيد أتعرض فيه بصفة عامة عما يلي :

**الفصل الأول :** عن العمل والاستصناع . أتكلم فيه عن أهمية العمل  
في الشريعة الاسلامية ومكانة الاستصناع من العمل . ثم أعطى لمحة

تاريخية عن الاستصناع والهدف من المعاملات في الاسلام وأبين منزلة الاستصناع بين الشريعة الاسلامية والنظم الوضعية .

وفي الفصل الثانى .. سأدرس مدى حرية المكلف فى انشاء العقود وهل هو حر فى انشاء ما يريد من العقود ؟ أم حريته مقيدة باذن الشارع الحكيم .. ورأى النظام الوضعى فى مدى حرية المكلف فى انشاء العقود .

أما الفصل الثالث .. فسيكون البحث فيه عن التعاقد على المعدوم .. وهل يجوز التعاقد على المعدوم أم لا يجوز ؟ واختلاف الفقهاء المسلمين .. ورأى النظام الوضعى به .. ودراستنا له لأن عقد الاستصناع قائم على أساس التعامل بشئ غير موجود وقت التعاقد .. فأتينا بالبحث وإكمالا لموضوع الرسالة قمنا بدراسته .

### وسأقسم الموضوع الى ستة أبواب :

أبحث فى الباب الأول .. مفهوم الاستصناع .. وهل هو عقد أم وعد ؟ وسأجعل هذا الباب ثلاثة فصول : أخصص الفصل الأول : فى الكلام عن مفهوم الاستصناع فى اللغة والاصطلاح ، وفى اصطلاح النظم الوضعية .. أما الفصل الثانى : فيكون فى الجواب عن التساؤل التالى : هل الاستصناع عقد بيع أم وعد بالبيع ؟ وفى الفصل الثالث : أتكم عن تعريف العقد بصورة عامة .. وذلك بعد أن نعرف أن رأى الراجح هو أن الاستصناع عقد لا وعد .

أما الباب الثانى : سأبحث فيه حكم عقد الاستصناع عند الحنفية والذين جعلتهم من أصحاب الاتجاه الأول .. وحكمه عند المذاهب الفقهية الثلاث ( المالكية ، الشافعية ، الحنابلة ) وسيتهم أصحاب الاتجاه الثانى .. ثم حكمه عند الظاهرية والشيعة الجعفرية . وأخيرا حكمه عند أصحاب النظم الوضعية .

وفى الباب الثالث : سيكون بحثنا فى تكييف عقد الاستصناع .. هل هو عقد بيع ؟ أم عقد سلم ؟ أم اجارة ؟ أم يجمع بين بعضها البعض .. وهذا يكون عند الحنفية أولا ثم النظام الوضعى ثانيا .

أما الباب الرابع : فأبحث فيه المقومات للعقود جميعها بصورة عامة والاستصناع فى صورة خاصة .. وأبحث فى شروط العقد بصورة عامة للاستصناع وغيره من العقود . وشروط الاستصناع خاصة .

وفي الباب الخامس : سيكون البحث عن اللزوم وعدم اللزوم في عقد الاستصناع . وعليه .. ساقسم هذا الباب الى ستة فصول : ابحث في الفصل الاول موقف الاستصناع من العقود المسماة . وفي الفصل الثاني : عن تقسيم العقود بالنسبة للزوم وعدمه عند أصحاب الاتجاه الاول ومنزلة الاستصناع منها . ولما كان الاستصناع يمر بمراحل ثلاث حتى يتم عقد الاستصناع بوجهه الاكمل .. لذا سأتناول هذه المراحل . وهل الاستصناع لازم لحق الطرفين أم غير لازم . أم لازم بحق أحدهما دون الآخر ؟ كل هذا في الفصل الثالث .. أما الفصل الرابع : فسأبين فيه رأيا مستقلا يرى أن الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى نهايته .. وفي الفصل الخامس ابحث عن آثار عقد الاستصناع وفي آخر هذا الباب سيكون البحث عن رأى النظام الوضعى في عقد الاستصناع هل هو لازم أم غير لازم ؟

وفي الباب السادس : يكون البحث فيه بأمور تتعلق بعقد الاستصناع كخيار الرؤية وخيار العيب .. والتنازع بين طرفي عقد الاستصناع . وهل للظروف الطارئة أثر فيه ؟ وبعد ذلك أتكلم عن الشرط الجزائى في عقد الاستصناع ورأى المعاصرين فيه .. والذي اخترت منهم الشيخ عبد الله آل محمود كنموذج للمعاصرين الذين تكلموا عن الاستصناع . وفي تطبيق هذا العقد على الواقع .. اخترت عقودا داخلية ، وعقدا خارجيا لكى أضعها في بحثى كدراسة تطبيقية .. وأخيرا ابحث ما ينتهى به عقد الاستصناع ..

وفي ختام هذه المقدمة .. وقبل الشروع في البحث أتقدم بخالص الدعاء للأستاذ المشرف الشيخ / أحمد محمد الحصرى .. الذى مافئء يعطى من وقته الكثير ولم يجعل الوقت الرسمى هو الكافى لعطائه .. بل فتح بابه لكل مرة أريد التباحث معه .

وأشكر القائمين على أمور المعهد والجامعة لما أعانوني عليه في إتاحة الفرصة أمامى للبحث والمتابعة داخل المملكة وخارجها .. فجزاهم الله هنا خير الجزاء .. والله يوفقهم لما يحبه ويرضاه .

والله الموفق والمعين على كل حال ..

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

كاسب بن عبد الكريم البدران

الرياض في ٩ ربيع ثان سنة ١٣٩٨

## مقدمة الطبعة الثانية

الحمد لله والصلاة على رسول الله وبعد فاني قدمت للمكتبة «عقد الاستصناع» لما لـه من أهمية في الحياة الاقتصادية للعالم الاسلامي وترقبت كل ما يرد لي من ملاحظات حول هذا البحث ولكنها لم تكن كثيرة فلم أتشجع لاعادة طبعه مرة اخرى خلال السنوات الخمس التي مرت على الطبعة الأولى حيث كانت ١٣٩٠هـ. الا ان البحث - في عقد الاستصناع أو كما يسمى عند البعض وكمصطلح حديث قريب اليه هو «عقد المقاوله (١)» - في الموسوعة الفقهية التي تصدرها وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية بالكويت والتي عملت بها كباحث فقهي زادني اطلاع على هذا العقد فكتبت خلاصة عنه في الموسوعة المذكورة. بحرف «المهمزة» ونفذ النسخ بالاسواق كل هذا حفزني لاعادة طبع الكتاب فلعلني أجد ملاحظات اخرى من العلماء لدراستها وازافة ما يفيد البحث في الطبعات المقبلة بعونه تعالى وكلي أمل ان تصلني تلك الملاحظات القيمة والله أسأل ان يسدد خطا الجميع لخدمة الاسلام والمسلمين  
والله الموفق

الدمام في ٨ / ١١ / ١٤٠٤هـ

---

د. كاسب بن عبدالكريم البدران

رئيس قسم الثقافة الاسلامية واللغة العربية

جامعة الملك فيصل ص.ب ١٩٨٢

الدمام ٣١٤٤١



\_\_\_\_\_

1

\_\_\_\_\_

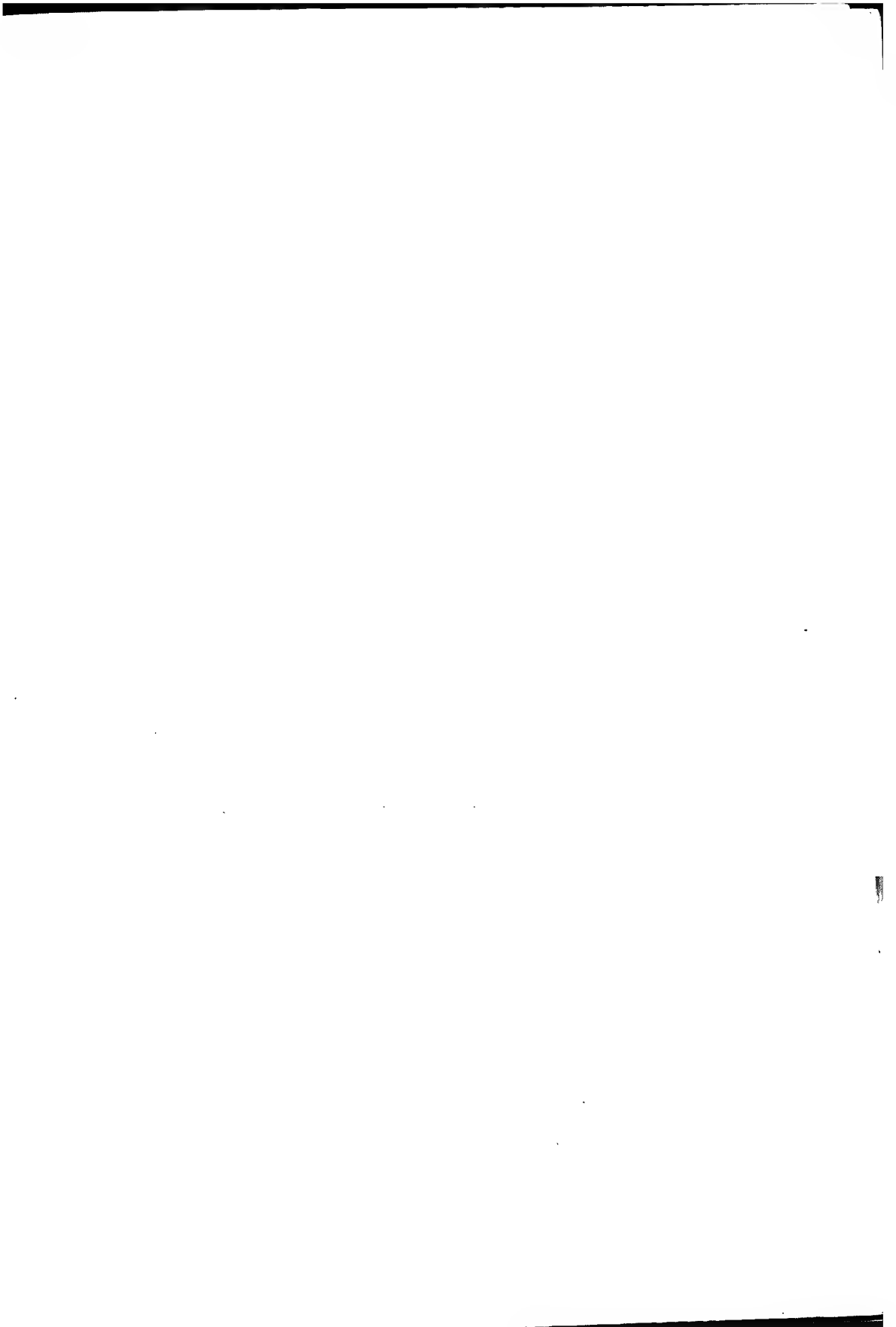
## الباب التمهيدي

\*\*\*

الفصل الأول : العمل والاستصناع.

الفصل الثاني : مدى حرية المكلف في إنتشار العقود.

الفصل الثالث : التعاقد على المدوم.



## الباب التمهيدي

### الفصل الأول : العمل والاستصناع

#### \* المبحث الأول : أهمية العمل في الشريعة الإسلامية :

ان هذه الحياة التي تسير في هذا الكون ، والتي نحن بحاجة الى معرفة أسرارها ، وما يدور فيها من أحداث . تستدعى منا التدبر والتفكير بها . فقد أمرنا الله سبحانه وتعالى مما أمرنا به السير في الأرض ، وأن نتدبر .

والحياة لم تكن عند العرب خاصة والعجم عامة على وتيرة واحدة من النظم ، فالجاهلية غمرت العالم قبل الاسلام ، فجاءت نظم الاسلام لتقوض أركان الجاهلية الأولى اما باللغاء أو بالتعديل أو بإقرار بعضها دون البعض الآخر .

فبالاسلام وجد الحل الذي به تسير الحياة الانسانية على منهج قويم وتصور عظيم للكون . . وبهذا تكون ويتكون المجتمع الاسلامي اذا كان وفق هذا المحور لا يحدد عنه (١) .

وعمل الانسان المسلم في الحياة غالبا ما يكون ذا نمطين ، النمط الأخرى في مجال الدعوة والأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، وغير ذلك . والنمط الدنيوي الخاص بسد حاجته . . الا أنه لا ينفصل عن الأول لأنه يريد به وجه الله والنتيجة الحسنة بالآخرة .

وببحثنا هذا سنحاول التمعن في أفق معين من الحياة العملية للانسان الا وهو العمل اليدوي المرتبط بالآخرين لسد حاجاتهم المعيشية في كل مجالاتها .

وهذا العمل يحتاج الى دراسة وتنظيم وتشريع يحدد الصالح منه ويبين الجائز وغير الجائز .

---

(١) الاسلام ومشكلات الحضارة — سيد قطب ص ٣ .

العمل هو وسيلة التملك ، ووسيلة تنجية الثروة (٢) . . أو هو الجهد الذى يبذله الانسان — بدنيا كان أو ذهنيا ، أو هما معا — فى استثمار ما سخره الله لنا من خيرات (٣) .

قال الله تعالى : ( ومن احسن قولا ممن دعا الى الله وعمل صالحا وقال اننى من المسلمين ) (٤) . . غالية تبين أن العمل شامل للعمل المادى والدينى الذى هو تنفيذ أحكام الشريعة الاسلامية (٥) .

والعمل المادى يدخل فيه العمل الصناعى فى جميع نواحيه الذى هو كسب الرجل بيده أو بعقله أو بهما معا . . روى أن الرسول صلى الله عليه وسلم عندما سئل عن افضل الكسب قال : « بيع مبرور وعمل الرجل بيده » (٦) . . وهو نعمة . قال تعالى : ( لياكلوا من ثمره ، وما عملته أيديهم أفلا يشكرون ) (٧) . . والشكر على النعمة يقتضى حفظها . ولا يكون هذا الحفظ تاما الا اذا اقتنع الانسان المسلم بأن للعمل دورا بارزا فى شريعته .

والعمل له شأن كبير فى تحسين المال وحيازته واستثماره مما له مكانة عظيمة فى الحضارة الاسلامية . . لهذا نجد أن الآيات التى وردت فى القرآن الكريم والتى تحدثت عن العمل أكثر من ثلاثمائة آية (٨) . . ودعوة الاسلام للعمل نابعة من أهميته .

فبالعمل يتم الانتاج ، وبالعامل يزداد هذا الانتاج ، وتتحقق العدالة الاجتماعية ، فيتحقق الأمن والرخاء للأمة .

وما يضاد العمل كالكسل ، والخمول ، والبطالة ، يلتقى ذما كبيرا فى الاسلام (٩) وكذلك الكسب الحرام . . مع أنه عمل . . الا أنه مذموم أيضا .

(٢) معركة الاسلام والراسمالية — سيد قطب ص ٢٥

(٣) الاقتصاد الاسلامى — ابراهيم الطحاوى — ج ١ ص ٢٣٦ .

(٤) سورة فصلت / آية ٣٣ .

(٥) اشتراكية الاسلام — مصطفى السباعى — ص ١٥٤ .

(٦) مسند الامام اجيد — مجلد ٣ ص ٤٦٦ .

(٧) سورة يس / آية ٢٥ .

(٨) انظر المرشد الى آيات القرآن الكريم وكلماته — محمد نازك بركات ص ٣٤٣ الى ٣٤٦ .

(٩) انظر الاقتصاد الاسلامى للطحاوى ص ٢٣٧ .

والعمل أو الكسب متنوع في الحياة وله مجالاته المختلفة التي لا حصر لها فغدا يكون العمل زراعيا ، وهذا العمل الزراعى قد يكون في النهاية صناعيا بأن تصنع المزروعات للبيع غيما بعد .

وقد يكون صناعيا محضا وهو في هذه الحياة يتنوع تنوعا كبيرا وخاصة في قرننا هذا الذى ما فتئ العقل البشرى يفكر ويخترع لتطوير الحياة .. فاحتاجت الحياة الى تنوع الصناعات على وفق الحاجة الماسة لها .. فمن الحاجيات البسيطة المصنعة باليد أو الماكينة البسيطة الى الآلات الدقيقة وإلى ما لا نهاية من الحاجيات التي زاد الطلب عليها حتى وصلت الى المركبات الفضائية .

فالاسلام يحيط العمل بقداسة ، ويمنح اليد التي تزاوّل العمل كل توقير وتعظيم .. جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « خير الكسب كسب يد العامل اذا نصح » (١٠) .

وجاء أيضا عنه عليه الصلاة والسلام قوله : « ما أكل أحد طعاما قط خيرا من أن يأكل من عمل يده » ، وأن نبى الله داود عليه السلام كان يأكل من عمل يده » (١١) ..

فهذه الأحاديث وغيرها دالة كل الدلالة على مدى الاهتمام الذى يوليه الاسلام للعمل .

لهذا كله وجدنا فقهاء الاسلام على مر العصور يدرسون هذه الأمور وما يترتب عليها من قضايا حتى (١٢) أن بعض فقهاء الاسلام جعل للعامل الحق في الحصول على نصف الربح — ان كان يعمل عند رب عمل صناعى أو غيره — الذى يحصل عليه من الانتاج .

والمبدأ العام الذى يجعل للحاكم أن يستجد من الأحكام بقدر ما يجد من الاقضية يجعل للدولة من حقوق التشريع العمالية ماتراه دائما وفق مطالب المجتمع المتجدد ومبدأ المصالح المرسلة ( أى مصالح المجتمع التى لم يرد بها نص ) ، ومبدأ سد الذرائع ( أى توقي الأخطار المحتملة ) كفيلا بمنح الدولة كل الحرية في التشريع وفق مقتضيات الأحوال ، وفي حدود القواعد الأساسية للاسلام (١٣) .

(١٠) رواه أحمد في مسنده — الجزء الثانى من ٣٣٤ ، ٣٥٧ .

(١١) رواه البخارى — فتح البارى — الجزء الخامس من ٢٠٩ .

(١٢) معركة الاسلام والراسالية من ٤٥ وما بعدها

(١٣) نفس المصدر السابق من ٤٥ .

ولم يغفل فقهاء الاسلام عن ربط العمل بالعقيدة . لأن كلا من العمل والعقيدة متلازمان ، وبالعقيدة علاج المجتمع وذلك بموجب ملء النفس بالعقيدة الدافعة ، العقيدة التى تملأ فراغ النفس وخوائها ، وترفعها الى الله ، وتجعل للفرد هدفا اكبر من ذاته هو ذلك المجتمع الذى يعيش فيه ، وتلك الانسانية التى هو منها (١٤) .

وقد فطن الاسلام الى أهمية العقيدة فى تكييف علاقات الناس الواقعية المتجددة .. ولكن أكثر الناس ممن يدعون الاسلام ، وبحماسة غيبية لم يفتنوا الى الذى فطن اليه الاسلام وبينه وصاغ نظامه على أساسه .. عقيدة تتمثل فى شريعة وشريعة هى تفسير وتحقيق لهذه العقيدة .. ووحدرة شعورية تشريعية تتألف منها حياة واقعية ممثلة فى العقيدة والسلوك والعبادات والمعاملات ، وفى السرائر والجوارح وفى الأفراد والمجتمعات (١٥) .

اذن .. ما هى نتائج ارتباط العقيدة بالعمل ياترى ؟

لا بد من نظرة فاحصة لهذا الارتباط ، فلو تتبعنا التاريخ لوجدنا أن المقياس يدلك على أن الاتقان فى العمل والزيادة فى الانتاج هما أعلى الدرجات .

لم لا .. والاسلام يحث على الاتقان فى العمل وهى مسئولية كل من يعمل قال تعالى : **( ولتسئلن عما كنتم تعملون )** (١٦) .

وما أدراك اذا ماكان الاتقان بالعمل ، وزيادة الانتاج الصناعى حييؤدى الى نظرة الناس فى العالم كله الى الاسلام ذلك الدين السماوى ذى المكانة العالية .. ليكون لهم قدوة فى هذا العالم المادى .. فعندها يعتبر المكان الذى طبق به كبقعة مثالية يقتدى بنظامها .. وهذا نوع من أنواع الدعوة الى الله عز وجل .

لم لا وعصرنا عصر الاتقان ، أو مايسمونه فى الوقت الحاضر باللاتينية ( تكنولوجيا ) أى ( علم الاتقان ) .. وأمة الاسلام هى أولى بالتمسك بهذا العلم الذى يدعو اليه دينهم . فبهذا الاتقان تحل مشاكلهم مع الأعداء

(١٤) نفس المصدر السابق من ٥٠ .

(١٥) معركة الاسلام والراسالية من ٥٧ .

(١٦) سورة النحل — آية ٩٣ .



الذين يتربصون بهم الدوائر .... فيقطعون عنهم ما هم بحاجة اليه من عدد للحرب أو البناء في السلم ( واعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل، ترهبون به عدو الله وعدوكم وآخرين من دونهم لاتعلمونهم الله يعلمهم ) ( ١٧ ) .

فالقوة هي كل شيء بعد رسوخ العقيدة لمحاربة الأعداء بأنواع الأسلحة ، فبالصناعة نستطيع فعل الأسباب للوصول الى الهدف

### \* المبحث الثاني : لمحة تاريخية عن الاستصناع :

بعد هذا كله .. لابد أن نبرز نقطة مهمة في دراسة الاستصناع وهي .. هل الاستصناع كان موجودا منذ القدم وإلى الآن .. أم لم يكن كذلك ، وانها هو أمر جديد حدث بعد الاسلام ؟ .

الاستصناع لغة طلب الصنعة كما سنبينه فيما بعد .. وطلب الصنعة سواء كان على صورة الاستصناع الذي هو محل بحثنا على وجه مخصوص .. أم عن طريق الاجارة ، أو التعاون ، أو الهبة ، أو الهدية .. وهذا ليس ببعيد في سابق الأزمان حيث كان الناس يتعاونون فيما بينهم ، ولا يعيرون للمال أهمية .. فكل من في القبيلة ان استطاع عمل شيء يمكنه ان يعد نفسه لذلك .. فيأتي القوم يطلبون منه ذلك المصنوع ، وهو بالمقابل يحصل على ما يريد بسرعة .. فهذا هو التعاون القائم على البساطة .

وما يعمل به الناس انما هو لسد حاجاتهم في أغلب الأحوال ، فتراهم يحكمون عقولهم في تلبية رغباتهم ورغبات غيرهم من ملابس ومأكل ومشرب ، ومركب ومرصد .. وهذه تحتاج الى مهارات عالية .

لم تقتصر على عصر دون عصر ، فمنذ الخليقة والبشر يصنعون حاجياتهم وفق قدرتهم ، ومدى حاجتهم المتكررة والمتطورة من وقت الى آخر . والمختلفة من مكان الى آخر .

فلنأخذ مثلا على ذلك .. هو اللباس ، فقد كان البشر على ما يذكر لنا التاريخ يلبسون ورق الأشجار ، ثم تطورت صناعة الملابس الى أن أصبحت مادة الخام هي القطن مثلا ، وذلك بأن حاكوها ولونوها لتكون

---

( ١٧ ) سورة الانفال - آية ٦٠ .

لباسا يستترون به .. وكذلك النار بدىء بها بضرب حجر بحجر فجساء  
الكبريت ليحل محله .

اذن .. فالصناعات قديمة قدم البشرية الاولى .. غنبي الله داود  
عليه السلام كان يأكل من عمل يده (١٨) ، وعمل اليد يشمل امورا كثيرة  
منها العمل الزراعى والصناعى .

ذكر لنا ابن حجر (١٩) نوع عمل داود عليه السلام بأنه كان زرادا ..  
فهو عمل يدوى صناعى .. وقبله آدم — عليه السلام — كان حراثا ، وكان  
نوح نجارا ، وكان ادريس خياطا ... الخ .

واستمرت الحال الى عهد الرومان والفرس ، فقد ثبت بالتاريخ أن  
الصناعة كانت موجودة عندهم .. ومن تعامل العرب مع الروم والفرس  
ونقل حضارة الدولتين للعرب يدلنا على أن الروم والفرس قد عرفوا  
ببراعتهم فى الصناعة .

وبعد ذلك فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم الى عصور متأخرة :  
ثبت وجود الاستصناع على ما نراه فى كتب الحنفية .. فقد قال مفتهاء  
الحنفية ذلك (٢٠) .. ومن ذلك ما ذكره السرخسى (٢١) أن الناس تعاملوا  
الاستصناع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من  
غير نكير .

وكان المنطق السليم — والنبي صلى الله عليه وسلم يحذر (٢٢) من  
الاقتصار على الزراعة أو تجاوز الحد فيها عن المقدار اللازم — أن يتوجه  
نشاط الافراد الاقتصادى الى أنشطة أخرى فى مجالات كثيرة كالتجارة  
والصناعة وغير ذلك .

ومن ثم نجد القرآن الكريم قبل ذلك يعنى بتوجيه المسلمين الى ممارسة  
الصناعة بثتى أنواعها وبمختلف خاماتها سواء كانت مستخرجة من باطن  
الأرض أو من أشجارها أو من حيواناتها أو من غير ذلك .

---

(١٨) المراد به حديث المقداد — رضى الله عنه — عن النبي صلى الله عليه وسلم قال :  
« ما اكل احد طعاما قط خيرا من أن يأكل من عمل يده » ، وأن نبى الله داود عليه

السلام كان يأكل من عمل يده .. رواه البخارى — فتح البارى ٥ — ٢٠٩ .

(١٩) انظر فتح البارى — جزء ٥ ص ٢١٠ .

(٢٠) انظر البدائع للكاسانى — جزء ٦ ص ٢٦٧٨ ، انظر فتح القدير — ج ٥ ص ٣٥٥ .

(٢١) انظر المبسوط — ج ١٢ ص ١٢٨ .

(٢٢) أقصد به ما رواه ابن عمر (رض) عن النبي (ص) أنه قال : إذا تبايتم بالمينة وأخذتم  
أذناب البقر ورشيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى  
ترجموا الى دينكم « منتقى الاخبار مع نيل الأوطار ٥/٢٢٣ .

والحديد تلك المادة الخام المهمة في الحياة حربا وسلما .. وهي أصل الصناعات ( وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ومنافع للناس وليعلم الله من ينصره ورسله بالغيب ان الله قوى عزيز ) ( ٢٣ ) . لازالت تحتفظ بقيمتها في كثير من الصناعات المفيدة .

ومن المواد الخام .. النحاس ، والنفط ، والرصاص ، والقطن ، والصوف ( وعلماه صنعة لبوس لكم لتحصنكم من بأسكم فهل أنتم شاكرون ) ( ٢٤ ) . وقول البعض اطلبوا الرزق تحت خبايا الأرض ( ٢٥ ) . . ولا يكون هذا الا بالصناعة .

وهناك النباتات كالتمر ( ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا ان في ذلك لآية لقوم يعقلون ) ( ٢٦ ) . . فكثير من الصناعات الآن تقوم على ثمر النخيل والأعناب وغيرها من النباتات .

وقوله تعالى : ( ويصنع الفلك وكلما مر عليه ملأ من قومه سخروا منه قال ان تسخروا منا فانا نسخر منكم كما تسخرون ) ( ٢٧ ) . . يبين لنا نوعا من أنواع الصناعات المتعارفة عند السابقين الا وهو صناعة السفن .

فهذه الدلالات كلها عن شرع من قبلنا تعد تقريرا على أن شرع من قبلنا شرع لنا . . ولا سيما اذا ورد في شرعنا مدحه وتحسينه مع عموم قوله تعالى : ( اولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده ، قل لا أسألكم عليه اجرا ان هو الا نكرى للعالمين ) ( ٢٨ ) . . وان ذكر الشيء بدليله أوقع في نفس سامعه ( ٢٩ ) ، وجاء أبو حنيفة في العصر العباسي فوجد الناس يتعاملون في الاستصناع وهو التاجر في السوق غدرس هذا التعامل من كل جوانبه فخرج على ماهو عليه في كتبهم . . ثم جاء العثمانيون فزادوا عليه ماوجدوا من كثرة التعامل نوعا وكما ، ونحن في عصرنا الحاضر من منا لم يتعامل بالاستصناع ؟

---

( ٢٣ ) سورة الحديد — آية ٢٥ .

( ٢٤ ) سورة الانبياء — آية ٨٠ .

( ٢٥ ) انظر الاقتصاد الاسلامي للطحاوي — جزء ١ ص ٢٥٨ .

( ٢٦ ) سورة النحل — آية ٦٧ .

( ٢٧ ) سورة هود — آية ٢٨ .

( ٢٨ ) سورة الانعام — آية ٩٠ .

( ٢٩ ) انظر فتح الباري — جزء ٥ ص ٢١٠ .

اكثرنا يتعامل بلا شك ، فمن هذا كانت لدى الرغبة بدراسة الاستصناع كبداية للطريق .

الاستصناع نوع من أنواع المعاملات الشرعية .. والمعاملات ذكرنا سابقا بأنها ترتبط بالعقيدة الاسلامية ارتباطا عظيما .. فالشريعة ايمانية ، والغرض المهيمن عليها هو تنفيذ ما أمر الله سبحانه وتعالى به ، وما نهى عنه .

### ✽ الهدف من المعاملات في الاسلام :

المعاملات في الاسلام (٢٠) ليس الهدف منها انطلاق الأفراد في تحقيق مصالحهم الخاصة فقط .. وانما الهدف الأساسي .. هو اقامة المصالح الشرعية للجميع ودرء المفسد عنهم .

فالمعروف أن الغرض من الاتجار بالنظام التجارى الوضعى هو الربح والكسب فقط .. أما في الشريعة الاسلامية .. فهو جلب المصالح بتقريب السلع لطالبيها حفظا لضرورتهم ودفعاً للمفسد عنهم .. وتسهيلا لحياتهم .. فمن ضمن هذه المصالح التى يطلبها الاسلام أن يسعى الفرد المسلم لرزقه حفظا لحياته ، وحياة أسرته ومجتمعه .

فالتزام الصدق في المعاملات ، وحسن المطالبة ، وحسن الوفاء ، وما يدور حولها من التزامات عديدة .. كعدم جواز بيع الأعيان المحرمة ، وعدم استصناع الضار ، أو المحرم أو عدم الاجارة على معصية .. كل هذه الأمور تختلف تمام الاختلاف عنها في النظم التجارية الوضعية . فالنظم الوضعية تقوم على تحكيم المصلحة الخاصة والمنافسة .. وبالتالي الانطلاق في حرية استقلال الموارد البشرية .

لهذا كله .. سأحاول دراسة حكم التعامل بين الناس في العقود بصورة عامة وهل هى مباحة في الأصل أم محرمة الا اذا دل دليل على غير ذلك .. وبما أن عقد الاستصناع عقد على معدوم .. فسأتناول حكم التعاقد على المعدوم .

### ✽ المبحث الثالث : الاستصناع بين الشريعة الاسلامية والنظم الوضعية :

مهما قلنا وتكلمنا عن مكانة الشريعة الاسلامية بالنسبة للنظم الوضعية فهو قليل وكيف نقارن ما جاء به الله وما وضعه البشر ؟ لا .. لا يمكن ذلك

(٢٠) انظر حاشية للدكتور/مصطفى كمال وصلى على الشرح الصغير للدردير- جزء ٣ ص ٥ . وانظر أيضا معركة الاسلام والراسالية ص ٥٨ وما بعدها .

ونحن مقصرون جدا أمام هذا الموضوع والأمثلة على عظمة الشريعة الإسلامية كثيرة في مصادرها . وأولها القرآن الكريم تلك المعجزة العظيمة التي أبهرت أبلغ العرب سابقا وأصحبهم . فكيف بعرب اليوم ؟ وآخرها جهود المجتهدين .. الفقهاء منهم والمفسرين والمحدثين وغيرهم في دراسة الحياة الاقتصادية كانت أم اجتماعية أم ثقافية أم عسكرية .. وليس لدى في هذه العجالة إلا أن أذكر ماهو من صلب موضوعي ( عقد الاستصناع ) .

أذكر من هذا .. أن الاستصناع درس دراسة مستفيضة في عصر العباسيين كعقد مستقل باسمه .. وبفضل جهود ذلك العالم المجتهد أبي حنيفة النعمان الذي توفي في النصف الأول من القرن الثاني للهجرة أي في أواخر القرن الثامن للميلاد .. وكانت الصناعة لم تصل يومها إلى ما وصلت إليه في عصر النهضة الصناعية المتأخرة في أوروبا من تطور .

قال دافيد (٢١) يمكن أن ندهش أمام انتشار عقد الاستصناع من عدم وجود تنظيم لهذا العقد في التقنين المدني الفرنسي ، ولكن يعزى ذلك إلى أن أصحاب هذا التقنين في سنة ١٨٠٤م لم يكونوا يعرفون هذا العقد، نظرا لأن الصناعة والعقود الواردة في نطاقها المحلي كانت محدودة بحيث لم يظهر هذا النوع من العقود .

نعم في سنة ١٨٠٤م كانت النظم الوضعية لاتزال قاصرة عن دراسة ذلك العقد الذي اهتم به الفقه الإسلامي اهتماما عظيما منذ القرن الثامن للميلاد .. أي قبل حوالي عشرة قرون كان عقد الاستصناع قد اهتم به فقهاء المسلمين .. فماذا نسمى هذا الاهتمام ، وماذا نسمى ذلك الإهمال .. أيها القارئ سم هذا الاهتمام وذلك الإهمال بما تسمى به .. غاللة قادر على كل شيء وهو القائل : ( اليوم أكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا ) (٢٢) ..

أنت تستطيع الإجابة عن هذا التساؤل بكل تأكيد .. انه عظمة الإسلام وكماله وصلاحه لكل وقت ومكان .

---

(٢١) رسالة الاستصناع — دافيد فرانسوا

Le Marchéafçon - François David

رسالة للدكتوراه من باريس سنة ١٩٣٧ م ، ص ٤ .

(٢٢) سورة المائدة — آية ٣ .

## الفصل الثانى : مدى حرية المكلف فى انشاء العقود

### \* تمهيد :

هل المكلف حر فى انشاء ما يريد من العقود ؟ سواء منها ما هو متعلق بالمعاملات أو بالأبضاع أو بغيرها .. أم أن حريته فى هذا السبيل ليست مطلقة ينشئ ما يشاء من العقود ، بل هى حرية مقيدة بأذن الشارع الحكيم .

اختلفت آراء الفقهاء فى هذا الموضوع .. وغىما يلى موجز عن هذه الآراء تحقيقا للفائدة واستطرادا لما هو متمم لرسالتى موضوع المناقشة.

### \* المبحث الأول :

مجل الآراء حول الموضوع :

ان مجمل ما يمكن القول فيه فى رأى الفقه الاسلامى فى سلطة ارادة المكلف وحريتها فى انشاء ما ترغب فيه من عقد يمكن حصره فى رأيين مشهورين هما :

**الرأى الأول :** هو أن الأصل فى العقود والشروط الاباحة الا ماورد عن الشارع الكريم نص بتحريمه .. وذهب الى ذلك فقهاء الحنفية ، والشافعية ، والمالكية ، وقال به ابن تيمية (١) .. وله فى ذلك بيان واضح ايد فيه هذا الرأى بالدليل من الكتاب والسنة والمعقول ورد على من قال بعكس هذا الرأى ، وبين بطلانه ورجحان ما ذهب اليه وسيأتى الرد على ما ذكره ابن تيمية فى نسبته هذا الرأى لجمهور الفقهاء ان شاء الله .

**الرأى الثانى :** اما الرأى الثانى فى هذا الموضوع فهو أن الأصل فى العقود والشروط الحظر الا ماورد عن الشارع اباحته وقال بهذا الرأى الظاهرية كما نسب ابن تيمية القول به الى الحنفية فقال : وأصحاب هذا القول هم :

---

(١) ابن تيمية شيخ الاسلام أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبى التماس الخضر النهرى الحرانى الدمشقى الحنبلى أبو العباس تقى الدين ابن بيهية — ولد فى حران سنة ٦٦١ هـ — مات معتقلا بقلعة دمشق سنة ٧٢٨ هـ الأعلام للزركلى ج ١/ ١٤٠ .

(٢) انظر للقواعد النورانية ص ١٨٤ وما بعدها وراجع الاحكام فى امول الاحكام لابن حزم — جزء ٥ ص ٦ وراجع مجلة للبحوث الاسلامية مجلد (١) عدد (٢) ص ٦٦ .

- ١ — أهل الظاهر .
- ٢ — كثير من أصول أبي حنيفة .
- ٣ — كثير من أصول الشافعى .
- ٤ — طائفة من أصول مالك وأحمد .

قال ابن حزم (٣) . . ان الأقوال فى هذا الموضوع هما قولان ، وما عداهما فهو تخطيط ومناقضات لا يستقر لقائلها على حقيقة (٤) .

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية (٥) . . وأصحاب القول الأول بأن الأصل فى العقود والشروط هو الجواز والصحة ، ولا يحرم منها ويبطل الا مادل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا أو قياسا عند من يقول به ثم أبان أصحاب هذا القول والذى يقول هو به فقال (٦) . . : أصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجرى على هذا القول — ومالك قريب منه .

وقال ابن تيمية مبينا من يرى أن الأصل فى انشاء العقود هو الحظر والمنع الا ماورد عن الشارع اباحته فأسند هذا القول للأطراف الأربعة السابقة الذكر .

#### ✽ رأى الحنفية :

قال الزيلعى (٧) فى باب الربا لانسلم أن حرمة البيع أصل ، بل الأصل هو الحل والحرمة اذا ثبتت . . انما تثبت بالدليل الموجب لها . . وهذا لأن الأموال خلقت للابتدال . . فيكون باب تحصيلها مفتوح ، فيجوز كل تصرف فيها ما لم يقم الدليل على منعه بخلاف النكاح بأن الملك فيه يرد على البضع . . وهو محرم فيناسبه التضييق اعزازا له بشرف الأدمى .

وقال الكاسانى (٨) فى باب الشركات . . أن هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجاتهم الى استئناء المال . . وهذا النوع ( يقصد شركة العنان ) طريق صالح للاستئناء . . فكان مشروعاً .

(٣) ابن حزم — هو أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح

ولد بقرطبة من بلاد الأندلس سنة ٢٨٤ وكان شافعى المذهب فانتقل الى مذهب

أهل الظاهر توفى سنة ٤٥٦ هـ — الأعلام للزركلى — جزء ٥ ص ٥٩ .

(٤) الأحكام فى أصول الأحكام — ج ٥ ص ٦ وما بعدها — لابن حزم .

(٥) التواعد النورانية لابن تيمية ص ١٨٤ وما بعدها .

(٦) نفس المصدر السابق .

(٧) تبين الحقائق للزيلعى — ج ٤ ص ٨٧ .

(٨) بدائع الصنائع للكاسانى — ج ٨ ص ٣٥٨٨ .



وفي عقد المضاربة قال الكاسانى (٩) .. ان الناس يحتاجون الى هذا العقد أى ( عقد المضاربة ) لأن الانسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدى الى التجارة ، وقد يهتدى الى التجارة لكنه لا مال له .. فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين والله تعالى مآشرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم .

فالعبارات السابقة تفيد أن فقهاء الحنفية يرون أن صحة التصرفات لا تتوقف على قيام الدليل الخاص الذى يدل على صحتها ، بل يكفى للحكم بصحتها أن تكون مشتملة على غائدة مقصودة ، وأن تكون محصلة للمصلحة مع انتفاء المانع الشرعى من الصحة .

### \* رأى المالكية والشافعية :

نقل عن فقهاء المالكية والشافعية عبارات تفيد أن الأصل في الأفعال العادية ( الأفعال التى ليست بعبادة ) هو الجواز والإباحة ، وأنه لا يحرم شيء منها الا بدليل معين يدل على التحريم استنادا الى قوله تعالى: ( هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا ) ( ١٠ ) . .

وفي الأم للشافعى ( ١١ ) .. أن أصل البيوع كلها مباح اذا كانت برضا المتبايعين الجائزى الأمر فيما تبايعا . الا مانهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها وما كان فى معنى مانهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم باذنه داخل فى المنهى عنه .

وما غارق ذلك أبجناه بما وصفنا من إباحة البيع فى كتاب الله تعالى . وذكر الشاطبى ( ١٢ ) .. أن القاعدة المستمرة بين العلماء هى التفرقة بين العبادات والمعاملات .. فالأصل فى الاولى الا يقدم عليها المكلف الا باذن .. اذ لا مجال للعقول فى اختراع التعبدات .. والأصل فى الثانية الإباحة حتى يدل الدليل على خلافه .

( ٩ ) نفس المصدر السابق .

( ١٠ ) البقرة آية ٢٩ .

( ١١ ) انظر الأم للشافعى - ج ٣ - ص ٢ .

( ١٢ ) انظر الموافقات للشاطبى - ج ١ - ص ٢٨٤ - ٢٨٥ .

## \* رأى الحنابلة :

معظم كتب الحنابلة تشير الأصول الواردة فيها الى القول بأن الاصل في العقود الاباحة .. الا مانهى الشارع عنه .. وقد صرح بذلك شيخ الاسلام ابن تيمية فيها سبق (١٢) .

وبعد هذا البيان الموجز لأشهر رأيين في المسألة المذكورة ( مدى حرية المكلف في انشاء العقود ) أذكر فيما يلي موجزا لما استدل به أصحاب هذين القولين .

## \* المبحث الثاني :

أدلة القائلين بأن الأصل في العقود الاباحة الا ماورد النص بتحريمه استدل لهذا الرأي .. بالكتاب والسنة والمعقول على التفصيل الآتى :

### ١ — من الكتاب (١٤) :

١ — قال الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » (١٥) .

## \* وجه الدلالة :

وجه الدلالة من هذا النص هو أن الله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بالعقود وهذا عام .. وكذلك أمر الوفاء بعهد الله وبالعهد .. وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه بدليل قوله تعالى : ( ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل ) (١٦) .. فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه .. وان لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد كالنذر والبيع .

(١٣) انظر الرسالة ص (٢٣) .

(١٤) انظر القواعد النورانية / ١٨٤ وما بعدها ، انظر اعلام المومنين لابن التيم

٣٨٤/١ بنفس المعنى .

(١٥) المائدة / ١ وقال الجصاص في هذه الآية في كتابه أحكام القرآن ١٣٣/٣ ( فالزم كل عاهد الوفاء بما عقد على نفسه وذلك عقد قد عقده كل واحد منهما على نفسه فيلزمه الوفاء به .. وقال أيضا في نفس المرجع ٢٨٦/٣ وما بعدها وانتضى أيضا الوفاء بعقود البياعات والاجازات والنكاحات وجميع ما يتناوله اسم العقود .. فمتى اختلفنا في جواز عقد أو فساداه وفي صحة نذر ولزومه صح الاحتجاج بقوله تعالى : ( أوفوا بالعقود ) لاقتضاء عموميه جواز جميعها من الكفالات والاجازات والبيوع وغيرها ... ولأن الآية لم تفرق في شيء منها .

(١٦) الأحزاب — ١٥ .

وينفس المعنى وردت عدة آيات في القرآن الكريم أكدت وحرّضت على وجوب وفاء الإنسان بما التزم به . ومنها :

١ — قوله تعالى : ( وبمهد الله أوفا ) ( ١٧ ) .

٢ — قوله تعالى : ( واوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا ) ( ١٨ ) .

ب — قال الله تعالى : ( وما يضل به الا الفاسقين . الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه . ويقطعون ما امر الله به ان يوصل ) ( ١٩ ) .

#### \* وجه الدلالة :

وجه الدلالة في هذه الآية . . ان الله ذم الفاسقين لنقضهم العهد وقطع ما امر الله بوصله . . لأن الواجب اما بالشرع ، واما بالشرط الذي عقده المرء باختياره .

ج — كذلك يستدل من الكتاب على أن الأصل في العقود الإباحة بقوله تعالى : ( واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام ) ( ٢٠ ) .

#### \* وجه الدلالة :

قال الضحاك وغيره من المفسرين أن معنى قوله تعالى : ( تساءلون به والأرحام ) أى تتعاهدون ، وتتعاقدون وذلك لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر ما أوجبه العقد من فعل أو ترك أو مال أو نفع ونحو ذلك .

د — قال الله تعالى : ( ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل لايولون الأتبار ، وكان عهد الله مسئولا ) ( ٢١ ) .

ه — قال الله تعالى : ( وأحل الله البيع وحرم الربا ) ( ٢٢ )

وهذه الآية أرى أن فيها دلالة على مشروعية الاستصناع . . لأن الله أباح البيع بشروطه ، وحرم الربا . . وعقد الاستصناع لا يخلو عن كونه بيعا . . تعامل الناس به وهو بعيد عن الربا .

(١٧) الأنعام — ١٥٢

(١٨) الإسراء — ٣٤

(١٩) البقرة — ٢٦ ، ٢٧ .

(٢٠) النساء — ١ .

(٢١) الأحزاب — ١٥ .

(٢٢) البقرة — ٢٧٥ .

— وقال الله تعالى : ( يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض ) ( ٢٣ ) .

#### \* وجه الدلالة في النصوص الأخيرة :

يؤخذ من النصوص الأخيرة من الكتاب الكريم أن الله سبحانه وتعالى جمع فيها أحكام الأسباب التي بين بني آدم المخلوقة كالرحم ، والمكسوبة كالعقود التي يدخل فيها الصهر وولاية مال اليتيم ونحو ذلك .. وكلها تدعونا الى الإيفاء بهذه الأسباب وعدم نكرانها .

قال الشافعي ( ٢٤ ) في الآيتين الأخريين أن الله ذكر البيع في غير موضع من كتابه بما يدل على إباحته فاحتمل أحلال الله عز وجل البيع **معنيين** :

**أحدهما** : أن يكون الله عز وجل أحل بيعا تباعه المتبايعان جائزى الأمر فيها تباعه عن تراض منها .. وهذا أظهر معانيه .

**ثانيهما** : أن يكون الله عز وجل أحل البيع اذا كان مما لم ينه عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم المبين عن الله عز وجل معنى ما أراد فيكون هذا من الجمل التي أحكم الله فرضها بكتابه الكريم وبين كيف هى على لسان نبيه .. أو من العام الذى أباحه الا ما حرم على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم .. وما فى معناه ... فأصل البيوع كلها مباح اذا كانت برضا المتبايعين الجائزى الأمر فيها تباعا .. الا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها ، وما كان فى معنى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم باذنه داخل فى المعنى المنهى عنه وما غارق ذلك إباحته بها وصفنا من إباحة البيع فى كتاب الله تعالى .

قال الجصاص ( ٢٥ ) : عند الكلام عن آية ٢٩ من سورة النساء بأنها عموم فى إطلاق سائر التجارات وإباحتها وهو كقوله تعالى : ( **واحل الله البيع** ) فى اقتضاء عموم سائر البيوع الا ما خصه التحريم .. الا أن اسم التجارة أعم من اسم البيع .. لأن اسم التجارة يعمم عقود الاجارات والهبات الواقعة على الاعواض والبياعات .

( ٢٣ ) النساء — ٢٩ .

أما معنى الباطل فهو : ما لم يبيحه الشرع كالغصب والربا والقمار هذا ما قاله البيضاوى فى تفسيره للقرآن ص ١٢٠ .. وقال الجصاص : « ما أباحه الله تعالى واحله فليس بباطل بل هو حق » أحكام القرآن للجصاص ١٢٨/٣ .

( ٢٤ ) الأم للشافعي — ج ٣ ص ٢ .

( ٢٥ ) أحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ١٢٧ — ١٢١ .

## ٢ - من السنة :

ومن السنة .. استدلل أصحاب الراى الأول القائل بإباحة العقود  
الإمانص الشارع على تحريمها بما يلي :

أ - ما ورد فى صحيح مسلم عن عبد الله بن عمر - رضى الله  
عنهما - قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أربع من كن فيه  
كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خلة منهن كانت فيه خلة من نفاق حتى  
يدعها . اذا حدث كذب ، واذا عاهد غدر ، واذا وعد أخلف ، واذا خاصم  
فجر » (٢٦) ..

## \* وجه الدلالة :

وجه الدلالة فى الحديث المذكور أعلاه أن الرسول صلى الله عليه  
وسلم نهى المسلمين عن الغدر وعن عدم الوفاء بالعهد .. وهذا النهى  
يستلزم وجوب الوفاء أو على الأقل إباحة الوفاء .. لان الإسلام لا يجبر  
الوفاء بشيء محرم .. فدل على جواز أن يوجب الإنسان على نفسه  
شيئا ، وجواز وفائه به .

ب - وفى الصحيحين عن عقبة بن عامر عن النبى صلى الله عليه  
وسلم أنه قال : « أن أحق الشروط أن توفى به : ما استحللتم به الفروج » (٢٧)

## \* وجه الدلالة :

دل هذا الحديث على استحقاق الشروط بالوفاء .. وأن شروط  
النكاح أحق بالوفاء من غيرها .. وما جاء بالكتاب والسنة من الأمر بالوفاء  
بها وعلى جواز الشروط .. كل ذلك يدل على أن الأصل فى العقود والشروط  
هو الجواز ... وإذا كان جنس الوفاء ، ورعاية العهد مأمورا به .. علم  
أن الأصل صحة العقود والشروط .

---

(٢٦) جاء فى لفظ من سليمان - رضى الله عنه ( ... ) وأن كانت فيه خصلة منهن كانت  
فيه خصلة من النفاق ) .. رواه مسلم - مختصر مسلم رقم الحديث - ٢٦ .  
(٢٧) رواه الخمسة .. التاج الجامع للأصول ، منصور على ناصف ج ٢ ص ٢٩٤ .  
وفى رواية أن أحق للشروط أن توفوا به ... الحديث - غاية المأمول شرح التاج -  
نفس المصدر السابق .

### ٣ - الاعتبار :

وأما الاعتبار فهو من وجوه (٢٨) :

أ - أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية .. والأصل فيها عدم التحريم وقوله تعالى : ( وقد فصل لكم ما حرم عليكم ) (٢٩) عام في الأعيان والأفعال ، وإذا لم تكن حراما لم تكن فاسدة ، وكانت جائزة ومباحة .

ب - ليس في الشرع ما يدل على التحريم لجنس العقود والشروط إلا ما ثبت تحريمه بعينه وأن انتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم .. فإذا حرّمنا العقود والشروط التي تجزى بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي كنا محرمين ما لم يحرمه الله .

ج - أن الأصل في العقود .. رضا المتعاقدين ، وموجبهما هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد .. لأن الله قال في كتابه العزيز : ( إلا أن تكون تجارة عن تراض ) (٣٠) .

وقال تعالى أيضا : ( فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا ) (٣١) فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه .. فدل على أنه سبب له . وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب .. فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم .

وإذا كان طيب النفس هو المبيع لأكل الصداق ، فذلك سائر التبرعات قياسا عليه بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن .

وكذلك قوله تعالى : ( إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ) (٣٢) لم يشترط في التجارة إلا التراضي ، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيع للتجارة ،

---

(٢٨) انظر القواعد النورانية / ٢٠٠ .

(٢٩) الأنعام - ١١٩ .

(٣٠) النساء - ٢٩ .

(٣١) النساء - ٤ .

(٣٢) النساء - ٢٩ .

واذا كان كذلك فعندما يتراضى المتعاقدان بتجارة أو تطيب نفس المتبرع ب تبرع ثبت حله بالقرآن ولم يتضمن ما حرمه الله ورسوله صلى الله عليه وسلم كالتجارة على الخمر ونحو ذلك يكون متعاقدا عليه جائز ومباح ..

### \* المبحث الثالث :

أدلة أصحاب الراى الثانى القائل بأن الأصل فى العقود الحظر الا ماورد النص بإباحته .

استدل أصحاب الراى القائل بأن الأصل فى العقود الحظر الا بنص بالكتاب والسنة والمعقول .

#### ١ - الكتاب :

ومن الكتاب استدلوا بما يلى (٣٣) :

١ - قال الله تعالى : ( اليوم اكملت لكم دينكم ) ( ٢٤ ) .

ب - وقال تعالى : ( ومن يتعد حدود الله فاوئك هم الظالمون ) ( ٢٥ )

ج - وقال تعالى : ( ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله

نارا خالدا فيها ) ( ٣١ ) .

#### ٢ - السنة :

ومن السنة استدلوا بما روته عائشة - أم المؤمنين - رضى الله عنها - قالت : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب عشية فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ، ثم قال : أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله ، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل .. ولو كان مائة شرط ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق » ( ٣٧ ) .

### \* وجه الدلالة من النصوص السابقة :

يستدل من الآيات السابقة والحديث السابق على انها براهين قاطعة فى ابطال كل عهد وكل عقد وكل وعد وكل شرط ليس فى كتاب الله الأمر به

---

(٣٣) الاحكام فى أصول الاحكام ٢/٥ - ٥٠ فى الباب الثالث والعشرين .. وقد قال الدكتور الصديق الغريز فى كتابه الغرر ص ١٣ ( ولم أر احدا من الفقهاء قال بهذا الراى صراحة غير ابن حزم ) .

(٣٤) المسائدة - ٣

(٣٥) البترة - ٢٢٩ .

(٣٦) النساء - ١٤ .

(٣٧) رواه البخارى وفيه بلفظ آخر عن عائشة انها قالت ... قام النبى صلى الله عليه وسلم من العشى فأتنى على الله بما هو أهله ثم قال : ما بال أقوام يشترطون شروطا ليس فى كتاب الله من اشترط شرطا ليس فى كتاب الله فهو باطل .. وان اشترط مائة شرط ، شرط الله أحق وأوثق » .. فتح البارى ٢/٣٦٩ . ط السلفية .



أو النص على إباحة عقده .. لأن العقود والعهود والأوعاد شروط واسم الشرط يقع على جميع ذلك

### ٣ - المعقول (٣٨) :

ومن المعقول قال ابن حزم : يقال لمن أوجب الوفاء بعقد أو عهد أو شرط أو وعد ... أما أن يكون في نص القرآن أو السنة إيجابه وإنفاذه .. فإن كان ذلك .. فنحن لانخالفكم في إنفاذ ذلك وإيجابه .

وأما أن يكون ليس في نص القرآن ولا في السنة إيجابه ولا إنفاذه .. غفى هذا اختلفنا .. فإن كان هكذا فإنه ضرورة لاينفك من أحد أربعة أوجه لا خامس لها أصلا .. وهي كما يلي :

- أ — أما أن يكون العاقد التزم بعقده أو بشرطه إباحة ما حرمه الله .
  - ب — أما أن يلتزم بعقده أو بشرطه تحريم ما حله الله .
  - ج — أما أن يلتزم العاقد إسقاط ما أوجبه الله .
  - د — أما أن يوجب العاقد على نفسه بعقده مالم يوجبه الله عليه .
- فكل وجه من هذه الوجوه لايجوز .

### رد ابن حزم على المخالفين :

ورد ابن حزم حجة أصحاب القول الأول بأن الآيات والاحاديث ليست على عمومها ، ولكنها في بعض العهود والعقود والشروط .. وهي ما جاء القرآن والسنة بالالزام به فقط .

ومما قاله من الردود .. أن الآيات التي تأمر بالوفاء بالعهد حجة لنا لاعينا .. لأن العهد جاء فيها مضافا الى الله ( **وبعهد الله أوفوا** ) ولا يضاف الى الله الا ما أمر به لا ما نهى عنه .

وأما الأحاديث التي تجعل اخلاف الوعد خصلة من خصال النفاق .. فالمراد بالوعد فيها ما افترض الله الوفاء به .. والزم معله .. كالديون الواجبة والأمانات الواجب أدائها .

---

(٣٨) الاحكام في اصول الاحكام ٦/٥ وما بعدها ، لابن حزم .

## \* المبحث الرابع :

### \* خلاصة رأى ابن حزم ومناقشته :

يرى ابن حزم (٢٩) .. أنه لما قام البرهان بكل ما ذكر وجب أن كل عقد أو شرط أو عهد ، أو نذر التزمه المرء غايه ساقط مردود ولا يلزمه منه شيء أصلا .. الا أن يأتى نص أو اجماع بذلك لزمه والا فلا ، والأصل براءة الذمم من لزوم جميع الأشياء الا ما ألزمنا إياه نص أو اجماع . فان حكم حاكم بخلاف ما ذكر فسخ حكمه ورد بأمر النبي صلى الله عليه وسلم القائل ( من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد ) (٤٠) .

### رد ابن تيمية ما استدلل به ابن حزم :

أساس ما استدلل به ابن حزم من السنة على منع إباحة العقود الا بنص وهو ما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله .. ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ..... الحديث » .

وقد رد على ذلك ابن تيمية فقال (٤١) : ( بأن المشتراط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا يحرم ما أباحه الله .. فان شرطه حينئذ يكون مبطلا لحكم الله .... بل كل ما كان حراما بدون شرط .. فالشرط لا يبيحه كالربا ، والوطء في ملك الغير ..... فان الله حرم الوطء الا بملك النكاح أو ملك اليمين .. فلو أراد رجل أن يعير أمته لآخر للوطء لم يجز له ذلك ، بخلاف إعارتها للخدمة فإنه جائز .... وأما ما كان مباحا بدون الشرط ، فالشرط يوجبه كالزيادة في المهر والتمن ..... فالرجل له أن يعطي المرأة .. فإذا اشترطه صار واجبا . ا . ه .

وقال ابن تيمية (٤٢) .. أنه يرد على ابن حزم في هذا الموضوع بأنه قد يكون المراد بالحديث ما ليس في كتاب الله إباحته لأشخاص ولا بعموم .. لأن ما دل الكتاب على إباحته بعمومه فهو من كتاب الله .. نظير ذلك قوله تعالى : ( ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء ) (٧٧) .. وقوله تعالى :

- 
- (٢٩) الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ٦ وما بعدها .  
(٤٠) رواه مسلم . مختصر صحيح مسلم ١٢٢٧ .  
(٤١) القواعد النورانية لابن تيمية ص ١٨٤ وما بعدها .  
(٤٢) نظرية الفرر للفرير ص ١٧ .  
(٤٣) سورة النحل — ٨٦ .

( ما فرطنا في الكتاب من شيء ) (٤٤) فان القرآن لم يشتمل على بيان كل الأشياء بخصوصها . وانما اشتمل على بيان بعضها بخصوصها وعلى سائرها بعمومها .

فكل شرط دل دليل خاص أو عام على منعه لايجوز اشتراطه ، وكل شرط دل دليل خاص أو عام على إباحته نجاز اشتراطه .

ومن الأدلة العامة على الإباحة قوله تعالى : ( ياايها الذين آمنوا أوفوا

بالعقود ) .

✽ رد ابن تيمية الدليل العقلي الذي استدلل به ابن حزم :

رد ابن تيمية ما أورده ابن حزم من دليل عقلي على أن إيجاب الوفاء بالعقد أو الشرط لا يكون الا من الزام الشارع لنا ، وألا يكون مخالفة للشرع .

يقال له (هـ) .. هذا قول مقبول بالنسبة للعبادات ، لأن الأصل فيها التوقيف أى لا يثبت الأمر بها الا من الشارع .. وغير مقبول بالنسبة للعبادات وهى ما يحتاجه الناس فى دنياهم .. لأننا لو منعنا الناس من العقود والشروط الا ماورد به نص خاص لأوقعناهم فى الحرج المرغوع شرعا .. اذ قد يحتاجون الى عقد لم يرد به نص خاص .

ثم انه ليس فى الزام المرء نفسه بعقد أو شرط تغيير لما شرعه الله .. الا اذا كان ما يلتزم به المرء مما منعه الشارع .. بأن كان فيه تحليل للحرام أو تحريم للحلال .

فالعقود والشروط التى يلتزم بها المرء توجب ماكان مباحا بدونها عملا بقوله تعالى : ( أوفوا بالعقود ) ، ولا تحرم ماكان حلالا .. أو تحلل ماكان حراما .

✽ كلمة لا بد منها :

ينسب ابن تيمية منع انشاء العقود الا مانص عليه الشارع الى الكثير من فقهاء الحنفية ، والشافعية .. لكن الواقع من تتبعى لما كتبه فقهاء هذين المذهبين أجد أن الراجح عندهما هو العكس .

(٤٤) سورة الأنعام — ٣٨ .

(٤٥) القواعد النورانية — ١٩٦ — ٢١٠ .

فما نقلناه عن الامام الجصاص وهو الفقيه الحنفى الكبير فى تفسيره لقوله تعالى : ( يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ) ما يفيد أن رأى الحنفية هو النص على إباحة إنشاء العقود الا ماورد نص يحظر انشاءه (٤٦) . ومما نقل عن الزيلعى وهو فقيه حنفى لامع ما يفيد أن الأصل فى العقود الإباحة فقد جاء بكتابه التبيين .. فى مقام الرد على تعليل الشافعية تحريم الربا فى الأشياء الستة المنصوص عليها بالطعم : لا نسلم أن حرمة البيع أصل بل الأصل الحل .. والحرمة اذا ثبتت انما تثبت بالدليل الموجب لها . وهذا لان الأموال انما خلقت للابتذال .. فيكون باب تحصيلها مفتوحا فيجوز كل تصرف فيها مالم يقم الدليل على منعه بخلاف النكاح .. لأن الملك فيه يرد على البضع .. وهو محرم .. فيناسبه التضييق .. وهذا يدل على أن الأصل هو صحة التصرفات المتعلقة بالأموال بخلاف التصرفات المتعلقة بالابضاع للفرق بين محل الأولى ومحل الثانية (٤٧) .

ومن ذلك ما قاله الكاسانى فى البدائع (٤٨) عند الكلام على مشروعية شركة العنان وحاصله أن هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم الى استئناء المال متحققة .

وهذا النوع طريق صالح للاستئناء فكان مشروعاً . ويقول أيضاً عند الكلام عن مشروعية عقد المضاربة (٤٩) .. أن الناس يحتاجون الى عقد المضاربة لأن الانسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدى الى التجارة وقد يهتدى الى التجارة لكنه لا مال له .. فكان فى شرع هذا العقد دفع الحاجتين .. والله تعالى مآثرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم .

فهذه العبارات ونحوها صريحة فى أن صحة التصرفات عند الحنفية لاتوقف على قيام الدليل الخاص الذى يدل على صحتها .. بل يكفى للحكم لصحتها أن تكون مشتملة على غائدة مقصودة .. ومحصلة للمصلحة ، مع انتفاء المانع الشرعى من الصحة .

ولو كان مذهبهم فى العقود كما قال ابن تيمية لما صح منهم الاعتماد فى صحة عقد المعاوضة .. وقد خالفهم فيها بعض الفقهاء كالامام الشافعى ،

(٤٦) راجع ما نقلناه عن الجصاص فى ص ١٧ بالحاشية .

(٤٧) أنظر تبيين الحقائق ٨٧/٤ .

(٤٨) أنظر البدائع ٣٥٧٦/٧ وما بعدها .

(٤٩) نفس المصدر السابق ٣٥٨٨/٨ .

ومالك في رواية على مجرد تحقق الفائدة في هذا العقد مع انتفاء المانع الشرعى من صحته وجوازه ، بل كان اللازم في مثل هذا المقام ان يأتوا بدليل معين من نص أو اجماع أو قياس يثبت هذه المشروعية ويفيدها .

وهناك ما يدل على ان الشافعية والمالكية ايضا يسلكون هذا الطريق الذى سلكه الحنفية . . فقد قرر علماء الأصول أن الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية — بل قد نقل بعضهم الاجماع كالنووى — على ان الاصل فى الأفعال العادية — ( وهى مالىست بعبادة ) — هو الاباحه والجواز . وأنه لا يحرم شئ منها الا بدليل معين يدل على التحريم . . استنادا الى قوله تعالى : ( خلق لكم مافى الأرض جميعا ) (٥٠) . .

وغيره من الأدلة المثبتة بهذا الاصل .

فقد ذكره الامام الشافعى فى كتابه ( الأم ) والشاطبى فى ( الموافقات ) وهو ما ذكرناه سابقا .

وليس بعد هذا صراحة فى اثبات أن الشافعية والمالكية يجعلون اباحة العقود هى الأصل ، وان الحكم بفساد شئ منها هو الذى يتوقف على الدليل الخاص الذى يدل على ذلك .

وامام هذه النقول الدالة على اتجاه هؤلاء الائمة فى مسألة العقود لا يسعنا ان نوافق ابن تيمية فيما نسب اليهم من القول بأن الاصل فى العقود عندهم الحظر الا ما قام الدليل المعين على اباحته وجوازه .

ولقد أنصف ابن القيم عندما قال (٥١) فى هذه المسألة ( مسألة الاصل فى العقود (٥٢) أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان خطأ ما لم يقيم عندهم دليل على دعواهم . . وجمهور الفقهاء على خلاف هذا الاعتقاد اذ يرون أن الاصل فى العقود والشروط الصحة الا ما بطله الشارع أو نهى عنه . . وهذا القول هو الصحيح . . . . فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها الله تعالى فإنه لا يجوز القول بتحريمها . . فان سكت عنها رحمة منه من غير نسيان واهمال لسكوته رحمة فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الاباحة فيما عدا ما حرمه .

(٥٠) البقرة — ٢٩ .

(٥١) اعلام الموقعين لابن القيم ٣٨٤/١ .

(٥٢) انظر فى هذا كله نظرية الشروط المترتبة بالمعتمد — لزمكى الدين شعبان ص ١٩ — ٢٠

## \* المبحث الخامس :

### \* رأى النظام الوضعى فى مدى حرية المكلف فى انشاء العقود :

أخذ النظام الوضعى فى رأى الشريعة الإسلامية المبيح للعقود والشروط بشرطية الا تكون مخالفة لنص شرعى أو أن يكون الشارع قد نهى عنها .. وقد صاغ فقهاء النظام الوضعى هذا الرأى تحت عنوان مبدأ « سلطان الإرادة » . ولتوضيح ذلك نقول :

بدأ سلطان الإرادة فى النظام الوضعى كان ضعيف المكانة فيها قبل القرن الثانى عشر الميلادى .. أما فى نهاية القرن ( ١٨ للميلاد ) فقد أخذ يقوى حتى أخذ به أثناء عصر نابليون .. ومن ثم أخذ به القانون المدنى المصرى ..

فالعقد فى النظام الوضعى شريعة المتعاقدين لايجوز الغاؤه متى تم الرضا .. ويمكن أن يتم الالغاء برضاها أيضا أو للأسباب التى يقررها القانون .

جاء فى المادة ( ١٤٧ ) فى الفقرة الأولى ( ٥٣ ) ( العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون ) .. فعلى هذا .. يكون الأصل فى القانون أن إرادة كل من المتعاقدين حرة فى انشاء العقد غير مقيدة الا بالنظام العام والآداب ( ٥٤ ) .

فإذا ماخالف النظام العام أو الآداب يكون باطلا .. سواء ورد نص قانونى خاص بتحريم ذلك العقد أم لم يرد .. فالواضح من هذا أن مايراه القانون الوضعى فى حرية المتعاقدين فى التعاقد متوافق مع مايراه الفقه الإسلامى .. الا أنه يجب الانتباه الى غارق هام .. وهو أن الأحكام القانونية التى تخرج عن دائرة النظام العام والآداب ، كلها أحكام مقرررة ، مفسرة لإرادة المتعاقدين وليست أحكاما أمرة .. لهذا يجوز أن يتفق المتعاقدان على خلافها ويكون اتفاقهما هذا مقدما على أحكام القانون .. فيصير صحيحا باتفاق المتعاقدين مانص فى القانون على بطلانه فى حالة عدم الاتفاق على خلافة .

( ٥٣ ) القانون المدنى المصرى - م/١٤٧ .

( ٥٤ ) جاء فى المادة ( ١٣٥ ) من المدنى المصرى ( إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا ) .. وهى مؤيدة لهذا القول .

أما في الفقه الاسلامي .. فان كل عقد نص الشارع على بطلانه  
لا يمكن أن ينقلب صحيحا باتفاق المتعاقدين .. فالشروط التي يشترطها  
الفقهاء لصحة العقد اذا تخلف شرط منها كان العقد غير صحيح ولو رضى  
المتعاهدان بتخلفه .

### ✽ المبحث السادس : ✽ الخلاصة مع الترجيح :

ان النظام الوضعي قد اخذ من الشريعة الاسلامية بجزء من هذا  
الموضوع وهو حرية الارادة في انشاء العقود الا مانهى الشارع عنه ،  
وخالف الشريعة في شق آخر وهو انه بارادة المتعاقدين يجوز لهما التعاقد  
على ما يخالف القانون وهذا لايجوز ولايصح في الفقه الاسلامي .  
يقول السنهوري (٥٥) .. « ما ذكره الفقهاء المسلمون من العقود  
المسماة انما هي العقود التي يغلب أن يقع بها التعامل في زمنهم .. فاذا  
استحدثت الحضارة عقودا أخرى توافرت فيها الشروط المقرر فقها ..  
كانت عقودا مشروعة . وعلى هذه السياسة الشرعية جرى التقنين  
المدني العراقي حيث جاء في المادة ( ٧٥ ) « يصح أن يرد العقد على أي  
شيء مالا يكون الالتزام به ممنوعا بالقانون أو مخالفًا للنظام العام  
أو الآداب » .

على ان دائرة النظام في الفقه الاسلامي اوسع منها في الفقه الغربي  
فمحرّم العقود الربوية ، وتحريم عقود الغرر يوسعان كثيرا من هذه  
الدائرة في الفقه الاسلامي .. فالأصل اذن في الفقه الاسلامي هو حرية  
التعاقد في حدود النظام العام .. الا أن كثرة القواعد التي تعتبر من النظام  
العام تضيق من هذه الحرية .

### ✽ الرأي الراجح :

الذي أرجحه واختاره بالعمل والفتوى هو مايراه جمهور الفقهاء وما  
صرح به الامام ابن تيمية — رحمه الله (٥٦) من أن الأصل في العقود الاباحة  
وذلك للأسباب التالية :

- ١ — الأدلة الواردة على هذا الامر لم تنتقض ، ولم يقدر في دلالتها .  
ماقاله أصحاب الرأي الثاني ، وما ساقوه من أدلة .

(٥٥) السنهوري في مصادر الحق ٨١/١ .

(٥٦) انظر قرار هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية في مجلة البحوث الاسلامية

مجلد ( ١ ) عدد ( ٢ ) ص ١٤٠ — ١٤١

٢ - اذا لاحظنا ان الشارع ينص في عموماته على التيسير على الناس .. وان هذا الدين يسر لاعسر فيه .. قال الله تعالى :  
« وماجعل عليكم في الدين من حرج (٥٧) » .. فهذا وغيره يقتضى أن تطلق  
جريمة المكلف في أن ينشئ من عهد ووعده والتزام طالما مآئشأه وينشأه  
لايخالف نصا صريحا من كتاب أو سنة وهذا يتفق مع قوله تعالى :  
« فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه (٥٨) » ..



---

• (٥٧) الحج ٧٨  
• (٥٨) الملك ١٥



## \* الفصل الثالث :

### \* التعاقد على المدوم :

#### التمهيد :

لما كان عقد الاستصناع قائما على أناس التعامل بشيء غير موجود وقت التعاقد اذ أن المال المستصنع غير موجود بصفته المطلوبة ..

لذا .. كان من الواجب اتباما للبحث ، واكامالا لموضوع الرسالة أن اورد، نبذة عن بيع المدوم في نظر الفقه الاسلامى ، والنظام الوضعى ..

### \* المبحث الأول :

#### حكم بيع المدوم عند الفقهاء :

لم يفرد فقهاء المذاهب الاسلامية لبيع المدوم بحثا خاصا به .. بل انتشرت مسائله في ثنايا المباحث التى تطرقوا اليها عند بيان احكام المعاملات . وخاصة عند الكلام عن شروط انعقاد .. وظهر ذلك في كلامهم عن الشرط الخاص بضرورة وجود المبيع وقت العقد .. وكذا في اشتراط كون المبيع معلوما (١) .. وتفصيل ذلك فيما يلى :

عند الكلام عن شروط انعقاد البيع قال الكاسانى (٢) .. وأما الذى يرجع الى العقود عليه فأنواع : منها : أن يكون موجودا فلا ينعقد بيع المدوم ، وما له خطر العدم .. كببيع نتاج النجاج بأن قال بعث ولد ولدا هذه الناقة ، وكذا بيع الحمل .. لأنه ان باع الولد فهو بيع المدوم ، وان باع الحمل فله خطر العدم .

وقال ابن قدامة (٣) .. يجب أن يكون المبيع معلوما برؤية أو صفة تحصل بها معرفة المبيع .. ثم مثل لبيع المدوم فقال : ان بيع جبل الحبله ( نتاج النجاج ) فاسد لأنه بيع المدوم ..

واشترط الشافعى أيضا .. أن يكون المبيع موجودا لامعدوما .. قال النووى (٤) وبيع المدوم باطل بالاجماع .

(١) الشرح الكبير مع المفتى ٣/٤ .

(٢) البدائع ٢٩٩٦/٦ .

(٣) الشرح الكبير ٣/٤ .

(٤) المجموع شرح المذهب ٢٨٠/١ .

## \* المبحث الثانى :

### \* علة منع بيع المعدوم عند الفقهاء ومناقشتها :

يتضح من ذلك كله .. أن كلمة الفقهاء متفقة على ضرورة أن يكون المبيع موجودا ، وأن يبيع المعدوم فى أغلب صورته لا يصح .. ويستشف من تعليلهم بمنع بيع المعدوم ما يلى :

١ — أنه بيع غرر ... والغرر يؤدى الى المنازعة ، وعدم استقرار التعامل ولهذا ورد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر للحديث المروى عن أبى هريرة — رضى الله عنه — أنه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة ، وعن بيع الغرر » (٥)

\* قال الشيرازى فى باب مانهى عنه من بيع الغرر وغيره .. لا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التى لم تخلق لما روى أبو هريرة — رضى الله عنه — أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر .. والغرر ما انطوى عنه أمره وخفيت عليه عاقبته .. والمعدوم انطوى أمره وخفيت عليه عاقبته فلم يجز بيعه (٦) .

\* وقال الشوكانى .. ( ومن جملة بيع الغرر : بيع السمك فى الماء ... والمعدوم (٧) ) .

### الرد على ذلك :

ويرد على ذلك بأنه ليس فى هذا الدليل (٨) ما يفيد أن بيع المعدوم لا يجوز على الإطلاق .. فهو يفيد أن بيع المعدوم الذى فيه غرر لا يجوز .. كما فى المثال الذى ذكره الشيرازى ، ولا يفيد أن كل معدوم لا يجوز بيعه ، من المعدوم مالا غرر فى بيعه لأنه لاتخفى علينا عاقبته وذلك كما فى بيع الأشياء المعدومة وقت العقد ، ولكنها محققة الوجود فى المستقبل (٩) بحسب العادة كما فى السلم والاستصناع .

(٥) رواه مسلم وفى لفظ من أبى هريرة — رضى الله عنه — أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة ، وعن بيع الغرر .. كما فى مفتى الأخبار مع نيل الأوطار ١٦٦/٥ . رواه الجماعة إلا البخارى . أنظر مختصر صحيح مسلم — حديث . رقم ٣٣٩ .

(٦) المهذب للشيرازى ٢٦٢/١

(٧) أنظر نيل الأوطار ١٦٧/٥

(٨) نظرية الغرر للفرير ٣٥٥

(٩) مصادر الحق للسنبورى ٣١/٣

## ❖ التعليل الثانى لسبب المنع :

٢ — أما التعليل الثانى لسبب منع بيع المعدوم فهو لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع المعاوى عن جابر رضى الله عنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمعاومة والمخابرة » . وفى لفظ بدل المعاومة ( عن بيع السنين (١٠) ) .

### وجه الاستدلال :

ويستدل بهذا الحديث بما قال الشيرازى (١١) .. والمعدوم من المعاومة وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المعاومة وبيع السنين .

### الرد على هذا الاستدلال :

الدليل المذكور لا يفيد المدعى لأنه يفيد النهى عن بعض أفراد المعدوم وهو بيع الثمر سنين ، والنهى عن بيع أفراد الشيء لا يدل على النهى عن سائرهما لأن النهى عن ذلك الفرد قد يكون بمعنى انفراد به لا يتحقق فى غيره من الأفراد كما فى النهى عن بيع السنين .. فان سبب النهى عنه الفرر الناشئ عن الجهل بوجوده فى المستقبل لاكونه معدوما ..

## التعليل الثالث لسبب المنع :

٣ — ومما استدلت به على منع بيع المعدوم أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الانسان .. فقد ورد عن حكيم ابن حزام أنه قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يأتينى الرجل يسألنى من البيع ماليس عندى .. أبتاع له من السوق ثم أبيععه .. قال : « لاتبع ماليس عندك » (١٢) ..

(١٠) هذا الحديث مطلق عليه انظر منقلى الأخبار مع نيل الأوطار

- ١ — المحاقلة : هى بيع الحتل بكيل من الطعام معلوم .
  - ب — المزابنة : هى بيع النخل بأوساق من الثمر .
  - ج — المعاومة : هى بيع الشجر أعواما كثيرة .
  - د — المخابرة : هى العمل على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل .
- (١١) المهذب ٢٦٢/١ .
- (١٢) رواه الترمذى وفى لفظ آخر عن حكيم بن حزام قال : نهانى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبيع ما ليس عندى .. قال أبو عيسى : وهذا حديث حسن .. عارضه الأحمذى بشرح صحيح الترمذى ٢٤١/٥ .

وهذا النهى للوجوب عند الملكية (١٣) .. ويدخل فى النهى عنه فى هذا الحديث أشياء كثيرة كبيع الأبق ، وبيع مالم يقبض وبيع مال الغير ، ويستثنى منه السلم بالشرائط المعتبرة فيه .. وكذا بيع مال الغير جائز موقوفاً عند الأئمة الثلاثة .. عدا الشافعى فإنه لايجوز (١٤) ..

ووجه الاستدلال عندهم (١٥) أن المبيع يتعين فلا يصح معدوماً .. لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان إلا فى السلم لترخيصه صلى الله عليه وسلم ولضبطه بالوصف .. والا فى ذمة مشتريه إذا هو كالمقبوض .

استدل بهذا الحديث على عدم صحة بيع المعدوم لأن النهى منصب على عدم جواز بيع ما ليس عند الإنسان .. وهذا يعنى أنه قد نهى عن بيع ما هو معدوم وليس موجوداً عند الإنسان ثم يذهب الى السوق ويشتريه ليسلمه للشخص الذى باعه له (١٦) ..

### الرد على هذا الدليل :

أن قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ما ليس عندك » تعنى (١٧) ما ليس مملوكاً للبائع .. ولا يدخل فيها المعدوم ولا المملوك الغائب عن مجلس العقد ولا الأشياء المباحة ذلك ما تدل عليه قصة الحديث فقد روى (١٨) أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها .. ويأخذ الثمن منهم .. ثم يدخل السوق فيشتري الأشياء ويسلمها لهم .. فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « لا تبع ما ليس عندك » ولأن بيع ما ليس عند الإنسان بطريق الأصالة عن نفسه تملك ما لا يملكه بطريق الأصالة عن نفسه وقت العقد .. على أن يمضى الى السوق فيشتريه ويسلمه للمشتري .

قال شمس الدين بن قدامة (١٩) : لايجوز بيع ما لا يملكه ليمضى فيشتريه ويسلمه رواية واحدة وهو قول الشافعى ولا نعلم فيه مخالفاً .

(١٣) نفس المصدر السابق .

(١٤) التعليق المحمود على سنن أبى داود ٤٩٥/٢

(١٥) أنظر نظرية الفرغ للفرير ٣١٨ - ٣١٩ .

(١٦) نفس المصدر السابق - ٣١٨ - ٣١٩ ، ٣٥٦ .

(١٧) البدائع ٣٠١٤/٦

(١٨) نفس المصدر السابق .

(١٩) للفرح الكبير مع المفتى ١٩/٤

قول ماتقدم (٢٠) على أن عدم جواز بيع ماليس عند البائع .. خاص  
فيما كان فيه البيع حالا كما يستفاد من قصة الحديث السابق الذكر ..  
ولأن هذه هي الحالة التي يتصور فيها النزاع .

أما لو تم البيع على أن يسلم البائع المبيع بعد مدة من الزمن فإن هذا  
ينطبق عليه حكم تأجيل قبض المبيع ، ولا يدخل تحت بيع المعدوم حالا .  
وربما يقال : إذا لم يجز بيع الموجود غير المملوك .. فمن باب أولى  
لا يجوز بيع المعدوم لأنه غير مملوك حتما .

### الجواب :

ويجاب عن هذا القول بأنه منطوق سليم .. لكن يجب أن يقيد عدم  
جواز بيع المعدوم بما قيد به بيع ماليس عندك وهو كون البيع وقع على  
أن يسلم المبيع في الحال .. فإنه مع هذا القيد لا يختلف اثنان في أن بيع  
المعدوم لا يجوز (٢١) لأن فيه غرر .. فعلة المنع موجودة في هذه الحالة ..  
وبذلك كان بيع المعدوم ليس ممنوعا في كل الأحوال بل في حالة واحدة  
هي نشوء غرر في بيعه .

### \* المبحث الثالث :

#### \* رأى ابن القيم في بيع المعدوم :

يرى ابن القيم (٢٢) بأن بيع المعدوم جائز إذا لم يكن فيه غرر وعزا هذا  
الرأى الى عدم ورود دليل من الكتاب ولا من السنة ولا من أحاد الصحابة على  
أن بيع المعدوم لا يجوز .. لابعوم لفظ ، ولا عموم معنى .

وانما ورد النهى عن بيع الأشياء التي هي معدومة كما ورد النهى عن  
بيع بعض الأشياء الموجودة .. وإلى أن الشارع أورد نصا بجواز بعض  
المعدوم كبيع الثمر بعد بدو صلاحه مستحق الإبقاء الى كمال الصلاح ..

(٢٠) انظر نظرية الغرر من ٣٢٠

(٢١) انظر نظرية الغرر للفرير ٣١٨ — ٣١٩ .

(٢٢) ابن القيم : هو محمد بن أبى بكر بن سعد بن حريز الزرعى ثم الدمشقى الملقب  
بشمس الدين المعروف بابن القيم الجوزية — ولد سنة ٦٩١ هـ — تلمذ على  
ابن تيمية ، وتوفى سنة ٧٥١ هـ — الأعلام للزركلي ٢٨١/٦ ، الدرر الكامنة ٤٠٠/٣

والخطر هو للغرر لالعدم .. كما جاء في أعلام الموقعين (٢٢) مانصه :  
« أما المقدمة الثانية وهى أن بيع المعدوم لايجوز .. فالكلام عليها من  
وجهين ..

**أحدهما : منع صحة هذه المقدمة** اذ ليس في كتاب الله ولا في سنة  
رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا في كلام أحد من الصحابة أن يبيع  
المعدوم لايجوز لابلغظ عام ولا بمعنى عام .. وانما في السنة النهى عن  
بيع بعض الأشياء التى هى معدومة كما غيها النهى عن بعض الأشياء  
الموجودة .. فليست العلة في المنع لالعدم ، ولا الوجود بل الذى وردت  
به السنة النهى عن بيع الغرر .. وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان  
موجودا أو معدوما كبيع العبد الأبق ، والبعر الشارد ، وإن كان موجودا ..  
اذ موجب البيع تسليم المبيع .. فاذا كان البائع عاجزا عن تسليمه فهو  
غرر ومخاطرة وقمار فانه لايباع الا بوكس .. فان أمكن المشتري تسليمه ..  
كان قد قمر البائع .. وإن لم يمكنه ذلك قمره البائع وهكذا المعدوم الذى  
هو غرر نهى عنه للغرر لالعدم كما اذا باعه ماتحمل هذه الأمة .. أو  
هذه الشجرة .. فالمبيع لايعرف وجوده ولاقدره ، ولاصفته .. وهذا من  
الميسر الذى حرمه الله ورسوله .. ونظير هذا فى الاجارة أن يكره دابة  
لا يقدر على تسليمها سواء كانت موجودة أو معدومة .. وكذلك فى النكاح  
اذا زوجه أمة لايملكها أو ابنة لم تولد له .. وكذلك سائر عقود المعاوضات  
بخلاف الوصية فانها تبرع محض فلا غرر فى تعلتها بالموجود والمعدوم ،  
وما يقدر على تسليمه اليه وما لايقدر .

**ثانيهما :** « أن نقول : بأن الشرع صحح بيع المعدوم فى بعض  
المواضع ، فانه أجاز بيع الثمر بعد بدو صلاحه .. والحب بعد اشتداده ،  
ومعلوم أن العقد انما ورد على الموجود ، والمعدوم الذى لم يخلق بعد ..  
والنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعه قبل بدو صلاحه وأباحه بعد  
بدو الصلاح (٢٤) .

---

(٢٢) الجزء الاول / ٤٦٢ - ٤٦٣

(٢٤) يمتد حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذى ورد بعدة الفاظ منها ( من أين  
مر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها نهى البائع  
والمبتاع ) .. وواه الجماعة الا الترمذي .. منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٩٥/٥ .

## \* المبحث الرابع :

### \* القاعدة في منع بيع المعلوم :

لابد أن تكون هناك علة للمنع غيركون الشيء معدوما ، وهذه العلة (٢٥) واضحة لمن تتبع مامنعته النصوص وما أجازته من بيع المعلوم وهى كما قرر ابن تيمية (٢٦) الغرر .. وهى علة مضطردة لاتحوجنا الى استثناءات أو مخالفة للقياس .. والغرر في بيع المعلوم لايتحقق الا في حالة ما اذا كان المبيع مجهول الوجود .. لأنه ان كان المبيع محقق العدم فلا غرر في هذا .. والبيع باطل بداهة لاستحالة التنفيذ .. وان كان المبيع محقق الوجود .. فلا غرر أيضا ، والبيع صحيح .. واذا تتبعنا مامنعه الشارع من بيع المعلوم ، وما أجازته منه .. نجد ان كل مامنعه المبيع فيه مجهول الوجود .. وان كل ماأجازته منه ، المبيع فيه محقق الوجود عادة ، وأن كان معدوما وقت العقد ..... **فالقاعدة** التى ينفى السر عليها في بيع المعلوم هى « أن كل معلوم مجهول الوجود في المستقبل لايجوز بيعه ، وأن كل معلوم محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة يجوز بيعه » .

## \* المبحث الخامس :

### \* الاستصناع وبيع المعلوم :

بعد أن غصلنا القول في بيع المعلوم وقبل هذا ذكرنا ان الاستصناع فيه شبه ببيع المعلوم .. نريد هنا بيان هذا ، وكيف خرج من المنع .. وهل فيه غرر أم لا ؟

### راى الحنابلة في الاستصناع :

من واقع ما استطعت أن أطلع عليه من مراجع فقهية معتمدة لدى المذهب الحنبلى .. تتبعت ماجاء في الفروع (٢٧) والانصاف (٢٨) ، وغيرهما

---

(٢٥) انظر نظرية الغرر للزبير ص ٣٥٨ وما بعدها .

(٢٦) القياس في الشرع الاسلامى لابن تيمية ، وابن القيم ص ٢٦ - ٢٧ .

(٢٧) الفروع ٢/٢٣

(٢٨) الانصاف ٤/٣٠٠

عن القاضي (٢٩) وأصحابه وغيرهم بأن الاستصناع بيع مالم يس عند الانسان  
لاعلى وجه السلم . . ولما كان كذلك نريد أن نعرف مامعنى بيع مالم يس  
عند الانسان عند الحنابلة ؟ .

### توضيح :

نفهم مما جاء فى الفروع والأنصاف بأن المنع لعقد الاستصناع فى فهم  
الحنابلة هو أنه عقد بيع غير الموجود لاعلى وجه السلم . . ويقصد  
بذلك أنه بيع لم يشترط فيه تأجيل تسليم المبيع كما هو المتبع فى عقد السلم  
ليكون جائزا عندهم .

وهذا الذى ذكره الحنابلة تعليلا للمنع . . لا يصلح أن يكون علة لمنع  
الاستصناع لأمر أهمها ما يلى :

١ — عقد الاستصناع : عقد مسمى لا يخالف نصا من نصوص  
الشريعة صريحا فى منعه وهو فى نفس الوقت عقد أجازته احدى مصادر  
التشريع المختلف فيه وهو الاستحسان اضافة الى أنه عقد أجازته السنة .

٢ — عقد الاستصناع . . من العقود التى تعارف الناس عليها  
والرسول صلى الله عليه وسلم لم يبطل كل العقود التى جرى تعارف  
الناس عليها طالما كانت محققة لمصالح المسلمين وغير جالبة للنزاع أو  
الضرر .

٣ — الفهم بأن الاستصناع عقد على بيع حال يشترط فيه تسليم  
المبيع فورا مع أنه غير موجود فهم لا ينطبق وواقع هذا العقد .

٤ — العقود عليه لاغرر فيه فهو موصوف معلوم وهو مقدور  
التسليم فكل أسباب الغرر منتفية ، وأكثر أسباب النزاع فى هذا العقد  
غير واردة ، فلا يكون النهى الوارد فى حديث الرسول صلى الله عليه  
وسلم : « لا تبع ما ليس عندك » . . منصبا عليه وهذا الذى ذكره

---

(٢٩) القاضي : هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء القاضي الكبير  
أبو يعلى امام الحنابلة — ولد سنة ٣٨٠ هـ — وتوفى سنة ٤٥٨ هـ ببغداد من شيوخه  
أبو الحسن السكرى . . اما عدد أصحابه نجم فقير منهم ابن الأثير أبو منصور ، وأبو بكر  
المقدس وغيرهما . . أهم مصنفاته : أحكام القرآن ، المعتمد ، عيون المسائل ، الندة فى  
أصول الفقه ، الكفاية ، الخلاف الكبير ، الى آخره . . انظر المنهج الأحمد فى تراجم أصحاب  
الامام أحمد ١٠٧/٢ .



ابن القيم (٣٠) .. فقد قال « أما قول النبي صلى الله عليه وسلم لحكيم ابن حزام « لا تبع ما ليس عندك » فيحمل على معنيين :

✽ **أحدهما :** أن يبيع عينا معينة ، وهى ليست عنده بل ملك للغير فيبيعها ثم يسمى في تحصيلها وتسليمها للمشتري ..

✽ **ثانيهما :** أن يريد بيع ما لا يقدر على تسليمه ، وإن كان فى الذمة .. وهذا أشبه ..... فليس عنده حسا ولا معنى .. فيكون قد باعه شيئا لا يدري هل يحصل له أم لا ؟

فعلى المعنى الأول .. نحن نعرف أن الاستصناع ليس هو بيع عين معينة بل هو بيع شيء موصوف فى الذمة حتى لو جاء به من مصنع آخر لجاز أخذه ..

وعلى المعنى الثانى .. عقب ابن القيم بقوله (٣١) .. فأما إذا كان على ثقة من توفيقه عادة .. فهذا محض القياس والمصلحة .

وفى الاستصناع يشترط أن يكون التعامل قد جرى العرف به من حيث المادة المطلوب صنعها ووقت التسليم والقدرة على التسليم ودفع الثمن مقدما أو عدم دفعه فإن توفّر شرط التعامل يكون الاستصناع صحيحا عند الحنفية .. والا فلا (٣٢) ..

لهذا .. أرى أنه بناء على أصول الحنابلة فى البيع والسابق بيانها يكون هذا العقد من العقود التى يجوز إنشاؤها وإبرامها طبقا لهذه الأصول كما ذهب إليه ابن القيم من أن بيع المعدوم ليس منهيّا عنه مطلقا .. وبناء على رأى الحنفية من أن الاستصناع ليس ببيع معدوم مطلقا أو عندما محضاً .. بل هو معدوم فى حكم الوجود كما سنبين ذلك فيما بعد :

وهذا الرأى لى أحتفظ به عن موقف الحنابلة وهو اجتهدى والله أعلم

---

(٣٠) أعلام الموقعين ١/٤٧١

(٣١) أعلام الموقعين ١/٤٥٠

(٣٢) انظر الشروط الخاصة للاستصناع فى هذه الرسالة ص ١٥٦

## رأى الحنفية :

قال الكاسانى (٣٣) عن الاستصناع .. أمآجوازه فالقياس أن لايجوز .. لأنه بيع ماليس عند الانسان لاعلى وجه السلم .. « وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم » ثم قال ايضا « وقد خرج الجواب عن قوله أنه معدوم لأنه الحق بالموجود لمساس الحاجة اليه كالمسلم فيه ، فلم يكن بيع ماليس عند الانسان على الاطلاق .

قال صاحب العناية (٢٤) .. ( القياس يقتضى عدم جواز «الاستصناع» لأنه بيع المعدوم .. وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم وهذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له أجل ) .

وقال ابن المهام (٢٥) .. ولايصح بيعا ( أى الاستصناع ) لأنه بيع معدوم .

(٣٣) البدائع ٢٦٧٨/٦ .. اما عن كلامه فى أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم .. فقد تكلم عنه صاحب نصب الرأية فى تخريج أحاديث الهداية ٥/٤ فقال : روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم قلت : غريب بهذا اللفظ .. وقوله ( رخص فى السلم ) هو من تمام الحديث لا من كلام المصنف مروح بذلك فى كلامه .. ولكنى رأيت فى شرح مسلم للقرطبى ما يدل على أنه عثر على هذا الحديث بهذا اللفظ .. فقال : مما يدل على اشتراط الأجل فى السلم الحديث الذى قال فيه « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عندك ورخص فى السلم » فقال : لأن السلم لما كان بيع معلوم فى الذمة كان بيع غائب فان لم يكن فيه أجل كان هو البيع المنهى عنه .. وانما استثنى الشرع السلم من بيع ماليس عندك لأنه بيع تدعو الضرورة اليه لكل واحد من المتبايعين .. فان صاحب رأس المال محتاج الى أن يشتري الثبر وصاحب الثبر يحتاج الى ثمنه لينفقه عليه .. وظهر أن صفة السلم من المصالح الحاجة .. وقد ساء الفتفاء بيع المحاويج .. فإذا كان حالا بطلت هذه الحكمة وارتفعت هذه المصلحة .. ولم يكن لاستثنائه من بيع ماليس عندك فائدة « .. ١٠ هـ .

وقد أخذ منها على أن الحنفية يرون أن السلم والاستصناع وغيرهما جاء على خلاف القياس كما فى نظرية الضرر للضرير ص ٣٥٧ يذكر فيها أن القول ببطلان بيع المعدوم مطلقا قول لا تؤيده الأدلة بل هو قول يعارضه كثير من الأحكام المتفق عليها .. فقد أدرك هذا القائلون ببطلان بيع المعدوم وخاصة الحنفية فقرروا أن البطلان هو القياس .. وأن هناك عقودا تجوز استحسانا مع أن المحل فيها معدوم من أوضاعها الاجارة والسلم والاستصناع فهذه العقود وأشباؤها مماورد النص بجوازها جاءت على خلاف القياس عندهم» .

(١٢٣) أى المستضع فيه

(٢٤) العناية مع فتح القدير ٣٥٥/٥

(٢٥) شرح فتح القدير ٣٥٥/٥

## \* البحث السادس :

### \* رأى النظام الوضعى فى بيع المعلوم :

لما كان محل الالتزام فى المعلوم غير موجود (حاليا) بل هو ممكن الوجود فى المستقبل . . ففى النظام الغربى الوضعى (٢٦) « ينعقد العقد صحيحا حتى لو لم يكن الشئ موجودا ، مادام أنه ممكن الوجود فى المستقبل ، ولا يشترط أن يكون الشئ موجودا فعلا وقت التعاقد . . بل ينعقد العقد صحيحا حتى لو لم يكن الشئ موجودا مادام أنه ممكن الوجود فى المستقبل ، وكثيرا مايقع أن يبيع صاحب مصنع قدرا معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعه » . .

وفى الوسيط (٣٧) « اذا كان الالتزام محله حق عيى . . فالشئ الذى تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجودا . . والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشئ موجودا وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك .

فاذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شئ موجود فعلا وقت نشوء الالتزام . . جاز أن يقع الالتزام على أن يوجد فى المستقبل . . فعلى هذا يشترط وجود الشئ المبيع وقت العقد اذا قصد المتبايعان التعاقد على شئ موجود فعلا . . فاذا ظهر فى هذه الحالة أن المبيع لم يكن موجودا وقت العقد فان البيع لا ينعقد . . وذلك كما لو باع شخص منزلا ثم ظهر أن المنزل احترق قبل العقد أو وقته . .

ويشترط ايضا ألا يكون المبيع مستحيل الوجود اذا كان التعاقد على شئ مستقبل . . لهذا يمكن أن نأخذ هذين الشرطين من المدنى المصرى (٢٨) فى المادة التى تنص على أنه « اذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا » .

وفى الفقرة الاولى من المادة (١٣١) من المدنى المصرى (٢٩) مايدل على جواز بيع الأشياء المستقبلية حيث تقول «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا » . . وهو يعنى أن بيع الأشياء المعلومه وقت العقد جائز قانونا مادام وجودها محتملا فى المستقبل .

(٣٦) مصادر الحق للسنهورى ٨/٣

(٣٧) الوسيط للسنهورى ٣٧٦/١

(٣٨) القانون المدنى المصرى م/١٣٢

(٣٩) المدنى المصرى م ١٣١

## المناقشة :

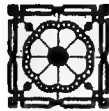
مما تقدم .. يتبين لنا أن بيع الأشياء المستقبلية المحققة الوجود بحسب العادة يجوز بيعها في الشريعة والنظام الوضعي كالسلم، والاستصناع ..

أما المحتمل وجودها من الأشياء المدومة .. فإن الشريعة الإسلامية تمنعها. حين نجد النظام الوضعي يجيزها .. فالنظام الوضعي يجيز مثلاً بيع ما تنتجه الأرض ولو قبل زراعته .. وهذا ممنوع في الفقه الإسلامي .. وهو اختلاف واسع جداً بين النظام الوضعي ونظام الله المتين.

## • المبحث السابع :

### • حكمة مشروعية الاستصناع:

يقوم الإسلام على أساس حفظ النفس والبدن والمال وغير ذلك ، وسد حاجات الأمور المذكورة أعلاه يكون بعدة صور منها القيام بالصنع الذي يعتبر الطريق الأمثل أمام الجميع منذ القدم. فوضع الإسلام الأسس العامة للتعامل بالصناعات ولهذا شرع الاستصناع لهذا الغرض. فالصانع يجعل له الارتفاق ببيع ما يبتكر من صناعة وفق شروط طالبها وهو المستصنع، أما الموجود بالسوق من حاجيات سابقة الصنع قد لا تنفي بالغرض وليس هناك سوى الاستصناع أو عقد المقاولة كحل لسد حاجات المجتمع الإسلامي المتكامل المتطور.



## الباب الأول

### مفهوم الاستصناع، وهل هو عقد أم وعد؟

\* \* \*

الفصل الأول : تعريف الاستصناع.

الفصل الثاني : هل الاستصناع عقد أم وعد؟

الفصل الثالث : تعريف العقد بصورة عامة.



## الفصل الأول : تعريف الاستصناع .

### \* المبحث الأول :

#### \* التعريف اللغوي للاستصناع :

جاء في لسان العرب (١) .. ( صنعهُ يصنعه صنعا فهو مصنوع ، وصنع أى عمله . ومن ذلك قوله تعالى ( صنع الله الذى أتقن كل شئ ) (٢) ... الآية )

قال أبو اسحق .. قراءة صنع بالنصب ، ويجوز بالرفع ، فمن نصب فعلى المصدر أى كأنه قال : صنع الله ذلك صنعا .. ومن قرأ بالرفع : صنع الله .. فعلى معنى «ذلك صنع الله» ..

ويقال .. اصطنع فلان خاتما .. إذا سأل رجلا أن يصنع له خاتما .. روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (٣) : « اصطنع خاتما من ذهب كان يجعل فسه فى باطن كفة إذا لبسه .. فصنع الناس ثم أنه رمى به » أى أمر أن يصنع له كما تقول : اكتتب أى أمر أن يكتب له .. والطاء فى اصطنع بدل من تاء الافتعال أى أبدلت التاء طاء لوجود الصاد قبلها ..

واستصنع الشيء .. أى دعا الى صنعه ..

والصناعة هى : حرفة الصانع وعمله الصنعة .. وأما الصناعة فهى ما تستصنع من أمر .

وفى الصحاح (٤) .. الصنع بالضم : مصدر قولك صنع اليه معروفا .. وصنع به صنيعاً قبيحاً .. أى فعل .. وصنعة الفرس أيضاً حسن القيام ( عليه .. فنقول : صنعت فرس صنعا وصنعة فهى فرس صنيع) .

---

(١) راجع لسان العرب لابن منظور / باب صنع .. وتاج العروس للزبيدي - عمل الصاد من باب العين ، ومجمع متن اللغة - لأحمد رضا ٥٠٠/٣ .

(٢) النحل / ٨٨ .

(٣) هذا حديث صحيح ثابت وله طرق فى الصحاح أخرجه فى كتابيهما من عدة طرق انظر النهاية فى غريب الحديث والأثر ٥٦/٣ .. نقلا عن الامتياز ص ٢٢١ - ٢٢٣

(٤) الصحاح للجوهري - باب صنع .

ويقال سيف صنيع : أى مجلو ، وامزاة صناع اليديين : أى امرأة  
حاذقة ماهرة بعمل اليديين ، ورجل صنيع اليديين : وصنع اليديين أيضا  
بكسر الصاد : أى صانع حاذق .

ويقال : اصطنعت عند فلان صنعة ، واصطنعت فلانا لنفسى وهو  
صنيعتى اذا اصطنعته وخرجته .

### الخلاصة :

عرفنا أن الاستصناع فى اللغة .. هو : طلب عمل الصنعة من  
الصانع غيما يصنعه .. وكان الواضح من العرف اللغوى أن الاستصناع  
هو أن يطلب من صانع أن يعمل له شيئا ما ويصنعه مما هو من حرفته  
وصناعته .. كالرجل يطلب من الخياط أن يصنع له ثوبا ومن صانع له  
حذاء .. وعلى نطاق أوسع غيما بين الدول كأن تطلب الدولة من مؤسسة  
ما أن تصنع لها سيارات معينة أو طائرات على أوصاف تختلف عما هو  
موجود فى البلد المصنوع .. أو آلات انتاجية اخترعها شخص ما فى  
بلدها ..

فالفهم اللغوى .. له تأثير واضح فى تحديد الاستصناع عند الفقهاء  
كما سيأتى

### \* المبحث الثانى :

#### \* التعريف الاصطلاحي للاستصناع عند الفقهاء :

##### التمهيد :

ان تجديد معنى الاستصناع عند الفقهاء واعتراغهم بمشروعيته أو  
عدمها يأخذ اتجاهين هما :

الأول : وهو اتجاه أكثر الحنفية .. وصورته واضحة عندهم على  
أنه عقد مستقل أو ما يسمى فى عرف النظم الوضعية عقد مسمى .

الثانى : وهو اتجاه المذاهب الثلاث «المالكية ، الشافعية ، الحنابلة»  
وصورته عند أكثرهم قريبة الى صورته عند الحنفية .. لكنهم منعهوه ولم  
يعطوه ذلك الاهتمام الكبير الا أن السلم بالصناعات كان البديل عندهم  
فى التعامل بالصناعات .



## الفرع الأول تعريف الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول (الحنفية)

يأخذ التعريف بالاستصناع عند فقهاء الحنفية طريقين :

الطريق الأول : تعريفه بذكره صوره ( التعريف بالرسم ( ٥ )

الطريق الثانى : تعريفه بالحد ( ٦ ) ..

واليك تفصيل هذا ..

الطريق الأول : ( التعريف بذكر صوره أى بالرسم )

ذكر كثير من فقهاء الحنفية صوراً للاستصناع للتعريف به نذكر من أقوالهم مايلى :

السرخسى : قال الامام السرخسى (٧) : فى مبسوطه استصنع الرجل عند الرجل خفين أو قلنسوة أو طستا (٨) أو كوزاً أو آنية من النحاس .. وبمثله قال السمرقندى (٩) وغيره ..

الكاسانى : قال الكاسانى (١٠) : « لو قال انسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرهما اعمل لى خفا أو آنية من آديم أو نحاس من عندك بئمن كذا ويبين نوع مايعمل وقدره وصفته .. فيقول الصانع نعم » .. وبمثله هذا قال : البابر تى (١١) : وأبو بكر بن المنذر (١٢) ..

(٥) الرسم : هو لفظ وجيز مميز المخبر عنه مما سواه فقط دون أن ينبىء عن طبيعته كتكوك الانسان هو ضاحك فانك ميزت الانسان بهذا اللفظ تمييزاً صحيحاً مما سواه الا انك لم تخبر بطبيعته لانك لو توهمت الضحك مرتفعاً عن الانسان لم تبطل بذلك عنه الانسانية ... انظر الاحكام لابن حزم ٣٤/١ — مطبعة الامام — مصر .  
(٦) الحد : هو لفظ وجيز يدل على طبيعة الشيء المخبر عنه كتكوك الجسم : هو كل طويل عريض عميق فان الطول والعرض والعمق هى طبائع الجسم لو ارتفعت عنه ارتفعت عنه الجسمية ضرورة ... انظر الاحكام لابن حزم ٣٤/١ .

(٧) المبسوط ١٣٨/١٢ .

(٨) الطست فى لغة ، والطس فى لغة اخرى لطفى .. وهو اناء يستعمل للغسيل انظر مختار الصحاح — باب الطاء .

(٩) انظر تحفة الفقهاء ٥٢٨/٢ ، وراجع مخطوطة جامع الصدر الشهيد ترتيب الجامع الصغيرة للامام محمد بن الحسن ٦٣/١ .

(١٠) البدائع ٢٦٧٧/٦ .

(١١) العناية على الهداية ٣٥٤/٥ .

(١٢) مخطوطة الاثراف فى مسائل الخلاف والاجماع ص ٢٧ — فقد جاء مانصه : « واختلفوا فى الرجل يستصنع عند الرجل الشيء مثل الطست والابريق والقلنسوة والخف وما اشبه ذلك .. فوصف له صنعة معلومة معروفة عند اهل العلم بتلك الصناعة .... انتهى ..

الكمال بن الهمام (١٣) : أما ابن الهمام فقد زاد في أمثلة وصور الاستصناع التي تمثل ماكان معروفا في عصره كصناعة الزجاج والحديد والطواحن وغير ذلك .. وبما يقارب هذا وذلك قال ملا خسرو (١٤) .

### مجلة الأحكام العدلية :

وأما مجلة الأحكام العدلية المتأخرة عصرا .. فقد جاءت بصور أخرى تدل على ما في ذلك العصر من صور جديدة .. غفى المادة ( ٣٨٨ ) مائنه (١٥) : مثلا : لو أرى المشتري رجله لخفاف وقال له : أصنع لى زوجى خف .... أو تناول مع نجار فعلى أن يصنع له زورقا أو سفينة وبين طولها وعرضها وأوصافها اللازمة وقبل النجار انعتد الاستصناع .. كذلك لو تناول مع صاحب معمل أن يصنع له كذا بندقية كل واحدة بكذا قرشا ، وبين الطول والحجم وسائر أوصافها اللازمة وقبل صاحب المعمل انعتد الاستصناع .

### ماتفيده هذه الصور من نوع المال المصنوع :

ماذكره الفقهاء من أمثلة وصور وهي كثرة قد أغادتنا بما يلي :

١ — ذكروا أمثلة الاستصناع عندهم وفي وقتهم وهي المعتادة والمتعارفة بين الناس . فالسرخسى ذكر الخف وبمثله قال السمرقندى والكاسانى والبابرتى وابن الهمام . فهؤلاء جميعا جاءوا بنفس الصورة تقريبا : الخف والطست والقلنسوة .. الخ أما في العصور المتأخرة : فقد اتسعت الحضارة ، وبدأت أشياء مصنوعة جديدة كما في عهد العثمانيين .. فوجد الأمثلة قد توسعت الى الثياب والأسلحة حربية كانت أو سلمية .. والسفن الشراعية وما الى ذلك .

---

= \* وابن المنذر : هو أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابورى كان فقيها عالما صنف في اختلاف العلماء كتبا لم يصنف مثله — توفي سنة ٣٠٩ هـ — أو سنة ٣١٠ هـ — راجع وفيات الأعيان ٤٤/٣ نقلا عن نظرية الإباحة المذكور من ٤١١ .

(١٣) فتح القدير ٣٥٤/٥ .

(١٤) الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام ١٩٧/٢ .

(١٥) مجلة الأحكام العدلية — مادة (٣٨٨) .. انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى

حيدر .. وانظر شرح المجلة المذكورة لباز من ٢١٨ .

٢ — المادة الخام : أما المادة الخام المستعملة في هذه الأدوات المصنوعة فالملاحظ أنها تتكون من النحاس والجلد إلا أن بعضهم كابن الهمام ذكر الحديد والزجاج والطواجن التي تتكون عادة من الآجر .

٣ — وأخيرا .. فهذا لا يمنع أن تدخل اليوم في الاستصناع انواع جديدة ومواد خام لم تكن مستعملة سابقا .. فالطائرة والصاروخ والبنوت الجاهزة والسيارات والأثاث ومواد البناء والآلات الدقيقة كالساعات وغير ذلك من المعدات التي يحتاجها العصر الخاضر .. وتلى علينا الظروف الصحية والاقتصادية والتعليمية والزراعية والصناعية الحاجة اليها والتي تعورف على الحصول عليها عن طريق الاستصناع . يمكن أن يدخل التعامل بها عن طريق الاستصناع ..

### الطريق الثانى لتعريف الاستصناع :

#### \* التعريف بالحد :

بعد أن ذكرنا من عرفه بذكر أمثلته وصوره نبين هنا من أراد تعريفه بالحد وهو عند الحنفية على اتجاهين :

#### الاتجاه الأول :

\* العينى (١٦) : قال العينى .. الاستصناع هو ( أن يطلب من الصانع أن يصنع له شيئا بثمن معلوم ) .

\* ابن عابدين (١٧) : قال ابن عابدين هو طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص .

\* مرشد الحيران (١٨) : وبمثل تعريف ابن عابدين ذكر فى مرشد الحيران وغيره (١٩) .

---

(١٦) رمز الحقائق شرح كنز الدقائق ٥٦/٢ ، ٥٧

(١٧) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٢٢٣/٥ .

(١٨) مرشد الحيران / محمد قدرى باشا م / ٤٦٢ .

(١٩) عرفه من المعاصرين الشيخ على الخفيف ، والشيخ مهى أبو سنة .. إلا أن أبو سنة زاد في تعريفه قيدا هو من الشروط التي وضعتها المجلة في الاستصناع بصورة خاصة مقال في ص ١٢٨ من كتابه « العرف والعادة » ( أن يطلب من الصانع عمل شيء مادته من عنده على وجه خاص )

مما سبق .. يتبين أن المعرفين للاستصناع لم يبينوا كونه عقدا أو وعدا، وهل هو بيع أم غير بيع .. فهذا الاتجاه في التعريف هو الذى دفعنا الى تقديمه على غيره من التعريفات .. لأن الاطلاق هذا يجعل لهذا النوع من التعريف مكانة خاصة . علما بأن تعريف مرشد الحيران لا يختلف عن ابن عابدين شيئا .. وكلاهما لا يختلفان عن العيني الا أن التعريفين الآخرين زادا التخصيص فى الشيء والوجه المخصوص وهما وصف للشيء المذكور عند العيني لا أكثر .

والذى أراه أن هذه التعريفات هى نفس المعانى التى يراها الحنفية فى أن الاستصناع نوع من البيع .. لأن طلب المادة مع الصنعة وبشأن معلوم يستدعى مبادلة مال بمال بالتراضى عند الحنفية (٢٠) .. والبيع عند اطلاقه يكون عقدا لا وعدا .

### الاتجاه الثانى :

وبصيغة أخرى عرّفه بعض الحنفية على النحو الآتى :

هو بيع : قال ابن عابدين (٢١) .. الاستصناع هو ( بيع عين موصوفة فى الذمة لايبيع عمل ) .

هو عقد : ومنهم من صرح تصريحاً واضحاً بكون الاستصناع عقداً منهم الكاسانى والسمرقندى قال الكاسانى (٢٢) : يرى بعض الفقهاء أن الاستصناع هو « عقد على مبيع فى الذمة » .. قال السمرقندى (٢٣) أن الاستصناع « عقد على مبيع فى الذمة وشرط عمله على الصانع » . وبمثل هذا القول .. نقل لنا الكاسانى قول بعض الفقهاء (٢٤) . هو عقد مقاوله (٢٥) : أما مجلة الأحكام .. فتزى أنه « عقد مقاوله مع أهل الصناعة على أن يعملوا شيئاً » .

(٢٠) فتح التدير / ابن الهمام / ٧٣/٥ .

(٢١) حاشية ابن عابدين ٢٢٥/٥ .

(٢٢) البدائع ٢٦٧٧/٦ .

(٢٣) نفس المصدر السابق .

(٢٤) تحفة الفقهاء للسمرقندى ٥٣٨/٢ .

(٢٥) قوله فى امره وتناولوا أى تناوؤا — انظر مختار المسحاح باب التاف .. وعتب

على حيدر فى شرحه بأن هذا تعريف الاستصناع شرما فى المجلة .. انظر دور

الحكام شرح مجلة الأحكام ٩٩/١ . لعلى حيدر .

ومن كل ما تقدم .. يمكن أن نستخلص ماهية وحقيقة عقد الاستصناع عند الحنفية بالكيفية التي توصلت إليها المجلة العدلية بقولها « إذا قال شخص لأحد من أهل الصنائع اصنع لى الشيء الفلانى بكذا قرشا وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعا » . ومثلت أمثلة من واقع الأمر كما لو طلب الصنع من النجار فى صنع الزورق أو السفينة أو السلاح (٢٦) .

### المقارنة :

من التعاريف السابقة عرفنا بأن تعريف البعض من فقهاء الحنفية له شبه كبير بالتعريف الذى ساقه البعض الآخر ، ولتفصيل هذا نقول :

السمرقندى .. عرفه كتعريف بعض الفقهاء المنقول لنا عند الكاسانى .. وتعريف العينى شابهه تعريف ابن عابدين .. الا ان ابن عابدين لم يذكر قيد « بثمن معلوم » وان هذا القيد معروف بديهيا فى عقود المعاوضات .. فما دام الصانع يستعد بالمادة الخام والعمل فلا بد ان يكون فى أغلب الأحوال بثمن معلوم ..

ولكن تعريفهما مع ترك هذا القيد يقرب جدا الى تعريف السمرقندى والتعريف الذى نقله لنا الكاسانى .. لانها ذكرا قيد « بطلب العمل من الصانع » والمعروف أن الصانع اذا ما طلب منه صنع شىء ما وتم القبول منه صار عقدا .. وتعريف السمرقندى وتعريف بعض الفقهاء متفقان على ان الاستصناع عقد .

### التعريف المختار للاستصناع :

بعد الاستعراض المذكور أرجح واختار التعريف التالى لعقد الاستصناع الذى هو :

عقد على مبيع فى الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص .

### وجه الترجيح :

١ - التعريف الذى ذكر خاليا من قيد شرط العمل وهو « عقد على مبيع فى الذمة » تعريف غير مانع ذلك لأنه يدخل فى التعريف عقد السلم فيصبح

(٢٦) موسومة بمصر القهية ٩٠/٧ جاءت بتعريفين بالاستصناع فيهما تشابه كبير مع التعاريف الفقهية السابقة وهى منها بلا شك .

التعريف جامعا غير مانع .. وشرط التعريف أن يكون جامعا لأفراد المعرف مانعا من دخول غير أفرادها فيه .

٢ - التعريف المذكور والمختار يوافق المعنى اللغوي ..  
فالاستصناع طلب الصنعة والعقد عقد استصناع .. غلابد في العقد من قيد شرط الصنعة .. وبذلك قال الكاساني (٢٧) .

٣ - أما من قال بأن شرط الصنعة ليس قيدا في التعريف بدليل أنه لو تعاقد على مبيع في الذمة وأحضر الصانع عينا كان قد صنعها قبل العقد ورضى بها المستصنع وسلمها له انعقد للعقد وصح .

يرد على ذلك .. بأن العقد هنا قد تم بطريق آخر غير الطريق الأول هو طريق التعاطي ..

#### شرح التعريف :

القول بأنه « عقد » يخرج ما هو وعد عند أكثر فقهاء الحنفية وهو ما فصلته سابقا والقول بأنه « مبيع » قيد ثان احترز به عن الاجارة لأنها عقد على منافع وليست على عين .. واحترز به أيضا عن العقد على العمل أو الاجارة على العمل فهو ليس بعقد على مبيع ..

والقول بأنه « على مبيع » ينبىء على أن هناك شيئا يباع .. وهو في الاستصناع المادة الخام .. التي يستعد بها الصانع .. والمعروف أن المادة في الاجارة على العمل من عند المستأجر .. وعلى الاجير العمل فقط .  
والقول بأنه « في الذمة » قيد ثالث احترز به عن البيع باطلاقة .. اذ أن من شروط البيع أن يكون مقبوضا في المجلس وهنا المطلوب صنعه في الذمة ..

والقول بأنه « شرط فيه العمل » قيد رابع احترز به عن السلم اذ أن السلم هو بيع آجل بعاجل (٢٨) .. ففيه مبيع في الذمة .. وقيل (٢٩) هو أخذ ثمن عاجل بآجل .. والاستصناع لا يشترط فيه أخذ الثمن عاجلا .. وهذا يكفي لإخراج السلم من التعريف .. ويؤيد هذا ما نقل لنس السمرقندي (٣٠) في البيع بأنه أربعة أنواع : فذكر منها : « بيع الدين بالعين

(٢٧) انظر البدائع ٢٦٧٧/٦ .

(٢٨) فتح القدير لابن الهمام ٣٢٣/٥ .

(٢٩) حاشية سبزي جلد ١ مع فتح القدير ٣٢٣/٥ -

(٣٠) تحفة الفقهاء ٥/٢ ، ٦ .

وهو السلم » .. وأن المسلم فيه مبيع وهو دين .. ورأس المال قدر يكون  
عينا ، وقد يكون دينا .. ولكن قبضه شرط قبل اغتراق العاقدين بأنفسهما  
فيصير عينا .

أما في الاستصناع فلا يشترط فيه القبض عند أكثر الفقهاء وهم  
الجمهور من الحنفية وشيء آخر هو أن السلم لا يشترط أن يكون المسلم  
فيه مصنوعا ، بل في الغالب يكون طعاما أو حيوانا أو غير ذلك .. المهم  
أن لا يشترط فيه الصنع .. فقد يكون مصنوعا أو غير مصنوع ..  
أما الاستصناع فيشترط فيه الصنع .. والشرط « يتع على عمل في  
المستقبل لا في الماضي (٣١) » .

أما القول بأنه « على وجه مخصوص » أى جامع لشرائط الاستصناع  
التي منها بيان جنس المعقود عليه ونوعه وصفته وقدره . وكونه مما جرى  
باستصناعه في العرف وهو احتراز عما لم يستجمع الشروط .. حيث يكون  
استصناعا فاسدا ..

وهذا ما رجحه الكاساني بقوله : والصحيح هو القول « بأنه عقد  
على مبيع في الذمة شرط فيه العمل » .. لأن استصناع : طلب الصنع  
فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعا .. فكان مأخذ الاسم دليلا  
عليه ..

ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلما .. وهذا العقد يسمى  
استصناعا واختلاف الاسامى دليل اختلاف المعانى في الاصل .. وأما اذا  
اتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضى به المستصنع فانما جاز  
لا بالعقد الأول بل بعقد آخر وهو التعاطى بتراضيهما .

### مقومات الاستصناع :

في التعريفات السابقة .. تجد أن الاستصناع يقوم على مستصنع  
وصانع ومال مصنوع وثمان ..

**فالمستصنع :** هو طالب الصنعة اذا باشره بنفسه او بواسطة وقد  
يكون فردا او مؤسسة .

---

(٣١) البدائع : ٢٦٧٧/٦ .

والصانع : هو من يقوم بتحضير المادة الخام ويقوم بالعمل .. اذا باشر الصنع هو او من يقوم مقامه كالصانع الذي يعمل عنده او يعطيه العملية بكاملها (٣٢) ويكون «الصانع» المتعاقد مسئولاً عن كل شيء».

المال المصنوع : هو محل العقد .. فعند تحويل المادة الخام الى شيء آخر متفق عليه يسمى هذا المحول بالمال المصنوع .. او المستصنع او المستصنع فيه حسب تعابير الفقهاء.

والثمن : هو المال الذي يدفعه المستصنع نظير المطلوب صنعه وهو قيمة المادة الخام مع عمل الصانع.

### الإلغاف ذات الصلة

- ١ - الاجازة على الصنع : عند بعض الفقهاء (١٣٢) بيع عمل ، العين تبع وهذه تختلف عن الاستصناع حيث أن الأخير بيع عين موصوف في الذمة وليس بيع عمل ، وفي الاستصناع تكون المادة والعمل من الصانع ، حين الاجارة على الصنع تكون المادة من المستأجر لا من الصانع.
- ٢ - الجعالة : التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر علمه، وهي عقد على عمل (٣٣ ب) فهي في الصناعة وغيرها ، حين الاستصناع خاص بالصناعات.
- والجعالة قد يكون العمل فيها مجهول ، والاستصناع كما يذكر الحنفية يشترط فيه أن يكون العمل معلوماً.
- ٣ - السلم بالصناعات : ويرد توضيح مقارب في ص ١١٧ من كتابنا هذا.

---

(٣٢) يسمى مثل هذا التعاقد بالمقاوله على الباطن في النظم الوضعيه.

(٣٣ أ) المبسوط ٨٤/١٥ م دار المعرفة / بيروت.

(٣٣ ب) مغني المحتاج ٤٢٩/٢ ط م الحلبي.



## الفرع الثانى :

### تعريف الاستصناع عند اصحاب الاتجاه الثانى :

#### التمهيد :

ان بحث الاستصناع عند اصحاب الاتجاه الثانى وهم :

#### الحنابلة

#### الشافعية

#### المالكية

امر ليس بالهين وخاصة لاستخلاص تعريف أو بيان حكم أو مالى ذلك .. فهم بمجموعهم انفردوا باتجاه خاص فى عقد الاستصناع .. وسبب هذا كله أنهم لم يعترفوا بالاستصناع كعقد مستقل مسمى باسمه كما فعل الحنفية .. بل ادمجوا مسائله تارة فى عقد السلم وتارة أخرى فى البيع بالصفة .

علما بأن بعضهم — كما سنورده فيما بعد — منعه صراحة (٣٣) ، والآخر شبهه بالسلم تشبيها لا تمثيلا (٣٤) ، ومع هذا كله ساحتول استخلاص تعريف له عندهم .

وللدخول فى هذا .. يستحسن أن نأخذ فكرة موجزة عن مدى تكييفهم لمدخل كلمة « استصنع » ، واستصناع .. وهل يفهم من استعمالهم للكلمات تلك أنهم فهموا الاستصناع كعقد مستقل .. أم كما قلت سابقا أنهم ادمجوا مسائله فى عقد السلم ، أو البيع على الصفة ..

#### المطلب الأول :

#### تعريف الاستصناع عند المالكية :

يستعمل فقهاء المالكية لفظة ( استصنع ) ( واستصناع ) فى أواخر باب السلم . فهذه الالتفاتة منهم تفرح الدارس فتشده إليها ظنا منه أنهم اهتموا بالاستصناع كعقد مستقل كفقهاء الحنفية .

---

(٣٣) وهم الشافعية ( انظر الام للشافعى ١١٦/٢ وما بعدها ، شرح المنهاج للحلى ٣٣٩/١ وما بعدها ) . والحنابلة فى ( الفروع ٢٣/٢ ، الانصاف ٤/ ٣٠٠ ) (٣٤) المالكية : ( انظر مواهب الجليل للخطاب ٥٣٩/٤ ، المدونة للامام مالك ١٨/٩ وغيرهما مما سنذكر من المراجع ) .

لكنه عند التدقيق والتحقيق في نصوص مذهبهم نجدهم يشبهون مسائل الاستصناع بالسلم .. فيشترط فيه شروط السلم ، فهم لم يعتبروه عقدا مستقلا بل أدرجوا مسأله ضمن مسائل السلم ، ويتضح ذلك من النصوص التالية :

خليل : جاء في مختصر خليل (٣٥) عند البحث في السلم وبالذات عندما تكلم عما يجوز السلم فيه وما لا يجوز قال : والشراء من دائم العمل كالخباز وهو بيع وأن لم يدم فسلم : كاستصناع سيف أو برج .. فنعطف الاستصناع على ما يجوز السلم فيه .

مالك : وجاء في المدونة (٣٦) .. قلت ما قول مالك في رجل استصنع طستا أو تنورا أو قممما أو قطنسوة أو خفين أو لبدا (٢٧) أو اصطنعت سرجا أو قارورة أو قدحا أو شيئا مما يعمل الناس في أسواقهم من آتيتهم أو امتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصناعات .

ابن رشد في المقدمات : أما ابن رشد فقد اخص لنا رأى المالكية في السلم بالصناعات ، وأعطى حكم هذا التعامل بأنواعه ، وعد أنواع السلم بالصناعات بأنها أربعة (٣٨) وعد منها ما إذا لم يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله ولم يعين ما يعمل منه .

(٣٥) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل — الخطاب ٥٣٩/٤ .

(٣٦) المدونة الكبرى — للإمام مالك ١٨/٦ .

(٣٧) اللبد : بوزن الجند اللبود أو اللبدة اخص منه قلت وجمعها لبدة واللبادة : ما يلبس منه للمطر .. مختار الصحاح باب اللام — وقيل ( ما له سبد ) ولا لبد بفتح الباء فهما أى قليل ولا كثير .. والسبد من الشعر واللبد من الصوف . أنظر أيضا مختار الصحاح باب السين .

(٣٨) قال ابن رشد في المقدمات ١٥٩/٢ وما بعدها ( وأما السلم في الصناعات فينقسم في مذهب ابن القاسم على أربعة أقسام ..

\* أحدهما : أن لا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله ، ولا يعين ما يعمل منه

ثانيهما : أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه ..

ثالثهما : أن لا يشترط عمله ويعين ما يعمل منه .

رابعهما : أن يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه ..

\* فأما الوجه الأول .. وهو أن لا يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه فهو سلم على حكم السلم لا يجوز الا بوصف العمل وضرب الأجل وتقديم رأس المال ..

\* وأما الوجه الثاني .... فليس هو بسلم وإنما هو من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع .. فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل أو تبكى اعمادته للعمل أو عمل غيره من الشيء المعين منه العمل فيجوز : على أن يشرع في العمل وعلى أن يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام أو نحو ذلك .. فإن كان على أن يشرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد وتأخيره .. وإن كان على أن يتأخر الشروع في العمل الى الثلاثة الأيام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط .. حتى يشرع في العمل

وحكم هذا النوع عنده : هو سلم على حكم السلم لا يجوز الا بوصف العمل وضرب الأجل وتقدير رأس المال ..

يستدل من قول ابن رشد .. أن من يطلب من صانع صنع شيء له فهو جائز ولكن حكمه حكم السلم وبشروط السلم لا يخرج عنها ، ونحن نعرف ان الاستصناع موضوع بحثنا هو ما كان فيه طلب صنعة على وجه مخصوص ويكون بالذمة .. ولم يعين فيه العامل .. بل أطلق الطلب .. فقد يكون الصانع نفسه او غيره .. وكذلك لم تعين المادة بالذات بل وصفت بأوصاف معروفة تخرج العقد عن المنازعة .. وهذه كلها ذكرها ابن رشد لكنه أضاف بأن يكون بشروط السلم .. والسلم يشترط فيه مثلا دفع رأس المال مقدما .. وعند المالكية يجوز الى ثلاثة ايام .. حين نجد غيما بعد بأن هذا ليس بشرط .. فقد يدفع وقد لا يدفع المستصنع فهو ليس بشرط عند الحنفية .

#### الرددير :

يقول الرددير (٢٩) .. ثم شبهه في السلم قوله : ( كاستصناع سيف ) او ركاب من حداد او سرج من سروجى او ثوب من حياك او باب من نجار على صفة معلومة بثمن معلوم فالتعاقد على صنع شيء يأخذ حكم السلم عندهم .. قال الرددير (٤٠) وقول خليل كاستصناع سيف ... تشبيهه لا تمثيل .

#### انواع المال المصنوع عند المالكية :

بعد أن تبين لنا موقف المالكية من الاستصناع وهو أنه عقد جائز شبيه بالسلم وبشروطه ، نريد أن نعرف موقف المالكية من هذا العقد

---

== أما الوجه الثالث .. وهو أن لا يشترط عمله بعينه ويعين ما يعمل منه فهو أيضا من باب البيع والجرة في المبيع .. الا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره الى نحو ثلاثة ايام بتعجيل النقد وتأخيره .

الوجه الرابع .. وهو أن يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه .. فلا يجوز ذلك لأنه يحتويه اعلان متناقضان لزوم النقد لكون ما يعمل منه مصنونا وامتناعه لاشتراط عمل المستعمل بعينه .

\* وابن رشد هو : محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد تافى الجماعة بقرطبة من اعيان المالكية وهو جد ابن رشد الفيلسوف توفى سنة ٥٢٠ هـ . انظر الاعلام ٢١٠/٦

(٣٩) الشرح الصغير للرددير ٢٨٧/٣

(٤٠) نفس المصدر السابق ٢٦١/٣

بالنسبة للمادة المستصنعة هل الجواز عام في كل مادة تستصنع ..  
أم الجواز خاص ببعض المواد الخام المستصنعة دون البعض الآخر ..  
وللوصول الى ذلك نرجع الى نصوص المذاهب الواردة في هذا  
الموضوع فنجدها كما يلي :

انها لم تقيد الجواز لا بمادة خام واحدة ولا بصناعة معينة الشرط أن  
لا يكون هذا العقد مصادما لنص شرعى يمنعه ..

**سبب هذا الاطلاق :** أن سبب هذا الاطلاق في أنواع المال المصنوع  
والمادة الخام هو أنهم يكتفون هذا التعامل على عقد ورد جواز العمل به  
في القرآن والسنة والاجماع .. الا وهو السلم .. فكل ما جاء وفق شروط  
السلم يجوز التعامل به . وما ذكره انما هو للتمثيل لا للحصر ..

#### **تعريف الاستصناع عند المالكية :**

الاستصناع في اللغة .. طلب الصناعة .. وطلب الصناعة عند المالكية  
أن كان من غير تعيين للعامل ولا الممول منه ( المادة الخام ) فهو شبيه  
بالسلم ويأخذ حكمه بشروطه فالذى استخلصه من هذا أن تعريفه  
عندهم هو :

**بيع موصوف مؤجل في الذمة بغير جنسه يشترط فيه الصنع ..**

#### **اساس التعريف :**

أخذنا تعريف الاستصناع هذا من تعريف السلم عند المالكية .. فقد  
عرفه فقهاء المالكية عدة تعريفات اخترت منها ما قاله صاحب أقرب  
المسالك (٤١) ، وأضفت عليه القيد الأخير .. علما بأن هناك عدة تعريفات  
لفقهاء آخرين (٤٢) ..

(٤١) الشرح الصغير للدردير ٢٦١/٣

(٤٢) تعريفات فقهاء المالكية للسلم عديدة منها ما عرفه ابن عرفة بأنه ( عقد معاوضة  
يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير مماثل العوضين ) انظر مواهب الجليل  
للحطاب ٥١٤/٤ ، وما عرف في الشرح الكبير ١٧٠/٣ بأنه بيع تقدم فيه رأس المال  
ويتأخر الثمن لأجل .

(\*) ابن عرفة : هو محمد بن محمد بن عرفة البدرغى أبو عبد الله المالكي إمام تونس  
وعالمها وخطيبها في عصره توفي سنة ٨٠٣ هـ - انظر الاعلام ٢٧٢/٧ .

فأساس التعريف هو أن السلم (٤٢) بيع موصوف مؤجل في الذمة في غير جنسه .

### شرح التعريف :

التعريف الذى أراه للاستصناع يكون شرحه كالآتى :  
القول بأنه « بيع موصوف » ينبئ على أنه نوع من أنواع البيوع ..  
فيدخل فيه الطعام والعرض ، والحيوان ، وغير ذلك مما يوصف .  
وكلمة « موصوف » يخرج به المعين بالذات .. فبيعه ليس بسلم  
بالصناعات .

القول بأنه « مؤجل » : يخرج غير المؤجل كالبيع الحال .  
والقول بأنه « فى الذمة » : معناه ذمة المسلم اليه .. فيخرج بيع  
الموصوف ، فهو ليس فى الذمة .. كبيع ما فى المعدل .. وكبيع موصوف  
بمكان غير مجلس العقد وبيع الأجل لأنه اشتراء معين بثمن مؤجل .  
والقول « بغير جنسه » : قيد يخرج ما اذا دفع شيئا فى جنسه وليس  
بسلم شرعا .

والقول « يشترط فيه الصنعة » قيد يخرج السلم فى المزروعات والمواد  
غير المصنوعة أو المطلوب صنعها .

وهذا التعريف الذى اخترته هو تعريف للسلم كما قلت .. بزيادة  
القيد الأخير .. فعلى هذا .. يكون الاستصناع الذى بحثه الحنفية ..  
هو غير الذى بحثه المالكية .. فالاستصناع عند المالكية : بعيد عن  
دراستنا ، وإنما أردنا بيان موقفهم مع مثل هذا التعامل ، وهو ما سنبينه  
عند الكلام عن حكم الاستصناع — ان شاء الله .

### \* المطلب الثانى :

### \* تعريف الاستصناع عند الشافعية :

### \* التمهيد :

أن أخذ تعريف للاستصناع أو حكم له عند الشافعية أمر صعب وذلك  
لأن الشافعية جروا على ما جرى عليه غيرهم من المالكية والحنابلة من  
عدم اعتبار الاستصناع عقدا مستقلا .. بل هو مدرج ضمن مسائل السلم .

(٤٢) الشرح الصغير للدردير ٣/٣٦١

لذا سأتكلم عن الاستصناع عند الشافعى أولا وذلك ببيان رأيه فى السلم بالصناعات .. وأردفه بقول الحنفية عنه بالمنع لكى اخلص من هذا كله لتعريف الاستصناع ذلك العقد الذى منعه الشافعى .

أما أصحاب الشافعى .. فسابين رأيهم فى السلم بالصناعات لأن طلب الصنعة له حل عندهم وذلك عن طريق السلم بتتربط الصفات .. وأخيرا أبين رأى أحد فقهاء الشافعية فى انواع السلم بالصناعات .

### السلم بالصناعات عند الامام الشافعى :

جاء فى الأم (٤٤) للشافعى أن السلم بالصناعات ينقسم الى قسمين :  
القسم الأول : وهو ماكان من مادة خام واحدة ماعدا المادة المزينة .

القسم الثانى : وهو ماكان من مادتى خام فأكثر ماعدا المادة المزينة (٤٥)

#### واليك التفصيل :

#### القسم الأول :

وهو السلف فى الصناعات المكونة من مادة خام واحدة .. جاء فى الأم (٤٦) أن مايصنع من مادة خام واحدة كالحديد أو الخشب أو الرصاص ، أو الذهب ، أو الفضة يجوز السلف فيها ، ولو كان معها مادة مزينة كالصبيغ فى الخشب والحديد أو المسمار فى الخشب . أو الخيوط فى القطن .. أو الصوف فى الأثياب .

غهو يرى اذن .. أن طلب الصنعة للمادة الخام الواحدة جائز .. ويعطيه حكم السلم كغيره من أصحاب الاتجاه الثانى لكنه فصل بين ما اذا كان المستصنع فيه من مادتى خام فأكثر .

وعلة الجواز فى هذا القسم كون المادة الخام الواحدة يمكن ضبطها ومعرفة ما وضع منها وكميته أو وزنه وهو الذى يركز عليه الشافعى عند

---

(٤٤) انظر الام : للشافعى ١١٦/٢ وما بعدها .

(٤٥) ينهم من رأى الشافعى فى المادة المزينة انها تلك المادة التى لاتعتبر مادة أساسية فى الصنع ، وإنما هى لتحسين أمر الصنيع سواء بمساعدة الصانع فى أمر الصنعة أو بتزيين المال المستوعب .. فالماء مادة مع أن الطين لايمكن أن يكون شيئا آخر للبناء الا به .. ولكنه لايعتبر مادة خام ثابتة يؤدى وجودها الى الجهالة .

(\*) وكذلك الصبيغ فى الخشب يعتبر مادة مزينة ولايعتبره مادة أساسية عنده .

(٤٦) انظر الام للشافعى ص ١١٦/٢ وما بعدها .

الكلام فى السلف .. وعلى هذا يمكن معرفة قدر العمل المبذول فى الصنعة. .  
فلا يحصل نزاع بين طالب الصنعة والصانع .

وعليه .. فان التعامل على هذه الصورة لا يعتبر استصناعا عند الامام  
الشافعى على ما سنبينه فى القسم الثانى — ان شاء الله —

### القسم الثانى :

ما كان المصنوع من مادتى خام فأكثر ما عدا المادة المزينة ..  
جاء فى الأم (٤٧) عند الكلام عن السلف فى الشئ المصلح لغيره .. ويعنى  
الامام الشافعى بهذا .. ما خلط بشئ غير جنسه .. كالحديد والنحاس  
وغير ذلك من مواد الخام التى يمكن أن يخلط بعضها ببعض بشرط أن يكونا  
مختلفين فى الجنس واذا ما خلطا لم يعرفا .. أو لم يكن غرز بعضها عن  
الآخر بالأمر الهين .

فيرى الشافعى .. أن هذا الخلط أو هذا الصنع الذى تم بين هذين  
الجنسين من قبل الصانع ولو استطاع المستصنع أن يضبط ما صنع بالوزن  
أو العدد ولو كان الذى خلط قائما فى المال المصنوع .. لا خير فى السلف  
بهذه الصورة .

وعلته عنده أنه اذا اختلطا لم يتميز أحدهما عن الآخر ولم يدركم قبض  
من مادة الخام الاولى ولا الثانية .. فعنده السلف بهذه .. انها هو سلف  
بجهول .. ومثل الشافعى لهذا بالمصنوعات الطوية كالسويق .. وهو  
يتكون من سكر ودهن ولوز .. وكذلك مثل بمصنوعات الثياب التى يتم  
التعامل بها على أساس السلم عنده .

اما الاوانى .. فأجاز الشافعى السلف فيها بشرط أن لا تدخل فى  
اسباب المنع عنده .. **ومن اسباب المنع :** عدم ضبط المادة الخام من  
حيث صفتها ووزنها ونوعها وكل ما يتعلق بالضبط من كل الوجوه ..  
وشروط المنع هذه .. انها وضعت اذا كان المال المصنوع من مادتى  
خام فأكثر مختلفين فى الجنس .

---

(٤٧) انظر الأم للشافعى ١١٦/٢ وما بعدها فقد جاء فيها انه « لو شرط أن يعمل  
له طستا من نحاس وحديد ، أو نحاس ورصاص ، لم يجز لانها لا يخلصان  
فيعرف قدر كل واحد منها .

ويفهم من هذا أن الشافعى يجيز طلب الصنعة .. ولو كانت من مادتين فأكثر أن توفرت الشروط من حيث ضبط الصفات للمادة الخام ووزنها وبيان جنسها ونوعها . فكل هذه تمنع الجهالة المؤدية للنزاع بين الطرفين .

لكن يا ترى .. هل أجاز الشافعى الاستصناع أم منعه ؟ هذا ماسنفضله فيما بعد عند الكلام عن حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثانى — ان شاء الله .

### تعريف الاستصناع عند الامام الشافعى :

لكى نأخذ تعريف الامام الشافعى للاستصناع لابد من السير فى اتجاهين هما : ما جاء فى كتابه الام ، وما جاء فى كتب الحنفية نقلا عن الامام الشافعى .

### ما جاء فى كتاب الام :

قلنا أن الشافعى أجاز طلب الصنعة ان كان المطلوب صنعه لايؤدى الى جهالة فى قدره أو فى جنسه أو فى نوعه جهالة مؤدية الى النزاع .

وتأسيسا على ذلك .. يرى الشافعى (٤٨) .. أن الاستصناع جائز اذا كان المستصنع فيه من مادة واحدة أو من مادتين لا يؤدى الى جهالة قدرهما الى المنازعة .. بأن أمكن معرفة قدر كل منهما لتمييزهما عن بعضهما .. والا فلا يجوز فيهما اذا اختلطا .. ولم يمكن تمييز قدر كل واحد عن الآخر .. فقال الشافعى « لو شرط أن يعمل له طستا من نحاس وحديد ..... لم يجز » .. وعلل الشافعى عدم المنع بقوله ( ... لأنهما لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منهما وليس هذا كالصبغ فى الثوب لأن الصبغ فى الثوب زينة لا يغيره .. ان ضبطت صفته .. وهذا زيادة فى نفس الشئ المصنوع ) .

الى هنا انتهى حكم الشافعى فى طلب الصنعة ان كان المال المطلوب صنعه يتكون من مادتين فأكثر .. وهذه القاعدة تطبق عند الشافعى على كل ما استصنع .

---

(٤٨) الام للشافعى ١١٦/٢ .



ولهذا .. قال الشافعي بعد ذلك عطفًا على ما نقل عنه آنفاً « وهكذا كل ما استصنع (٤٩) » .

فمن هذا .. أستطيع أن أستخرج تعريفاً للاستصناع عند الشافعي  
فأقول :

**الاستصناع هو : « بيع موصوف في الذمة يشترط فيه الصنعة » .**

**شرح التعريف :**

قولنا بيع موصوف في الذمة : قيد يحترز فيه عن بيع المعين .. فإنه لا يجوز السلم فيه (٥٠) .. **والسلم هو : بيع موصوف في الذمة عند الشافعية (٥١) ..**

قولنا يشترط فيه الصنعة : قيد أخرج ما يجوز السلم فيه من المطعومات كالرز والحنطة والحيوانات والنباتات وغير ذلك .

**تعريف آخر للاستصناع عند الشافعي :**

أوردت بعض كتب الحنفية (٥٢) حكم الاستصناع عند المانعين .. فلم تذكر سوى الشافعي من المذاهب الأخرى وزغر من الحنفية ..

ولست هنا بصدد بيان حكمه عند الشافعي وزغر أو غيره .. بل أقول أن تعريفه عند الشافعي هو نفس تعريف الاستصناع عند الحنفية فهو عند الحنفية حسب ما اخترت من التعاريف (٥٢) « عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل على وجه مخصوص » .

(٤٩) الأم ١١٦/٢ .

(٥٠) شرح المنهج للمحلى ٣٣٩/١ .

(٥١) السلف عند الشافعية له تعريفات كثيرة اخترت منها مايلي :—

قال المحلى : السلم ويقال له السلف وهو بيع موصوف في الذمة . انظر شرح

المنهاج ٣٣٩/١ .

وقال ابن حجر . السلم هو بيع شيء موصوف في الذمة . انظر تحفة المحتاج

٢/٥ .

وذكر لنا النووي عدة تعريفات في روضة الطالبين ٣/٤ : أحدها أنه عقد

على موصوف في الذمة ببدل يعطى آجلاً .

وثانيها : هو اسلام عوض حاضر في موصوف في الذمة .

وثالثا : هو اسلام عاجل في عوض لا يجب تعجيله .

ثم يعقب النووي على هذه التعريفات بقوله : أن السلم بيع .

(٥٢) انظر شرح فتح القدير ٣٥٥/٥ .

(٥٣) انظر تعريف الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الاول السالف الذكر .

وبما أن فقهاء الحنفية أوردوا لنا رأى الشافعى فى الاستصناع محل  
البحث والدراسة عندهم ذو التعريف الخاص به كعقد مستقل استخلصت  
هذا التعريف — والله أعلم —

#### الترجيح :

بما أن الحقائق العلمية تفرض علينا أن لا نأخذ رأى المذهب الا من كتب  
أصحابه المعتمدة فى المذهب .. فالذى أرجحه هو تعريفه الذى استخلصته  
من كتاب الأم السالف الذكر .. وهو اقرب الى التعريف الثانى .. من جهة  
كونهما ينصان على أن الاستصناع عقد على مبيع فى الذمة مشروط فيه  
الصنعة .

وبذلك كان تعريف الشافعية كتعريف المالكية واتجاههما معا متفق  
على أنه عقد سلم يندرج تحت مسائل السلم وبشروطه .

#### \* المطلب الثالث :

#### تعريف الاستصناع عند الحنابلة :

#### \* التمهيد :

من أول وهلة .. يمكن أن نعطى رأى الحنابلة بالاستصناع الا وهو  
المنع . الا اننا نريد أن نعرف أن شيئاً آخر وهو ما هو الاستصناع الذى  
منعه الحنابلة ... واين وضعوا بحثه .. هل وضعوه كالمالكية  
والشافعية فى السلم ؟ وما موقفهم من السلم بالصناعات ؟

#### تعريف الاستصناع عند الحنابلة :

جاء فى كشف القناع والانصاف وغيرهما أن الاستصناع غير جائز  
نقلاً عن القاضى وأصحابه بأنه (٥٤) لا يصح استصناع سلعة لأنه باع  
ماليس عنده على غير وجه السلم .. وقيل (٥٥) لا يصح استصناع سلعة  
بأن يبيعه سلعة يصنعها له .. لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه  
السلم « .

فيمكن أن نأخذ تعريفه من هذين النصين بأن الاستصناع عند الحنابلة

(٥٤) الانصاف للبرداوى ٣٠٠/٤

(٥٥) كشف القناع للبهوتى ١٥٤/٣ — انظر الفروع ٢٣/٢

هو :

« بيع موصوف يشترط فيه الصنع لا على وجه السلم » .

اساس التعريف :

ان منع استصناع السلعة أورده الحنابلة في البيع بالصفة .. فهو عندهم بيع بالصفة لهذا ارتأيت أن أتقدم بهذا التعريف له عندهم .

شرح التعريف :

قولنا بيع موصوف : يشمل البيع المطلق الموصوف سواء كان سلماً أو غيره .

قولنا يشترط فيه الصنعة : قيد يحترز به عن البيع والسلم في المزروعات والحيوان وغيره لا على وجه السلم : عند أكثر الحنفية يشترط عدم ضرب الأجل في الاستصناع .. فهذا هو معنى قول الحنابلة لا على وجه السلم .

والدليل على هذا .. ما جاء في العناية (٥٦) « وهذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له أجل » .

ولم أجد في غير ما ذكرت من استعمال للاستصناع مما اطلعت عليه في كتب الحنابلة .

\* \* \*

---

(٥٦) العناية مع فتح القدير ٣/٣٥٥

### \* المبحث الثالث :

### \* تعريف الاستصناع في النظم الوضعية :

### \* التمهيد :

ان اخذ تعريف للاستصناع من النظم الوضعية أمر ليس بهذه السهولة لان النظم الوضعية غريبة كانت أو عربية لم تول للاستصناع أهمية كبرى .. ولم تفرد به اهتمام ان كان هناك اهتمام به مع غيره .

فالاستصناع في المدنى المصرى الجديد : هو ضمن عقد المساولة ..  
الا ان المدنى العراقى قد اولى الاستصناع بعض الاهتمام لكونه أخذ أكثر جزئيات مواده من الفقه الحنفى .

ومن الذين اهتموا بالاستصناع .. دافيد فرانسكو DAVID FRANCIS.  
في رسالته ( عقد الاستصناع ) LE MARCHE A. FAÇON من فرنسا ..  
لذا أخذت هذه الرسالة ويبحث فيها بعض الأمور بعد الترجمة (٥٧)  
والمراجعة (٥٨) .

لهذا سأتناول التعريف عند هؤلاء جميعا .

### الفرع الأول : تعريف الاستصناع عند دافيد :

عرفه دافيد (٥٩) .. بأنه العقد الذى بمقتضاه يتعهد مقاول بأن يصنع شيئا بالمسادة التى يقدمها .. وأن يسلم هذا الشيء عندما ينتهى فى مقابل ثمن الى من طلبه .

والتعريف به أطناب .. ولو اقتصر على أنه العقد الذى بمقتضاه يتعهد مقاول بالصنع مقابل الثمن لكان أفضل بكثير .

---

(٥٧) حصلت على الرسالة من مكتبة المحقة الثانية الفرنسية بالقاهرة وهى رسالة « دكتوراه » من باريس مؤلفها المذكور فى سنة ١٩٢٧م — وقد تفضل مشكوراً الدكتور/إبراهيم العنانى — استاذ القانون الدولى — بالمعهد العالى للقضاء بترجمة كل ما يتعلق بموضوعى ترجمة جيدة لجزء الله خيرا .

(٥٨) وقد قام بمراجعة الترجمة الشيخ / محمود الحسينى الحنفى — استاذ الفقه المقارن بالمعهد العالى للقضاء — لجزء الله عفا كل خير .

(٥٩) رسالة الاستصناع لدافيد ص ١ .

ويعتبر دافيد كما يبدو من كلامه في رسالته أول من تناول هذا الموضوع حتى أنه يندب حظ التظم الوضعية في فرنسا وغيرها بأنها لم تتناول هذا الموضوع ولم تعط له أية أهمية (٦٠) .

### الفرع الثاني : تعريف الاستصناع في المدني العراقي :

عرفه المدني العراقي بأنه « العقد الذى وقع على صنع شيء معين ويتعهد الما قول غيه بتقديم العمل والمادة معا » .

والتعريف قريب جدا الى تعريف المجلة السابق الذكر (٦١) .. فغقد اعتبره المدني العراقي عقدا ، ولم يعتبره وعدا .. واعتبره واقعا ومشروطا غيه الصنعة لشيء معين . أما ما قاله فى التعريف عند الفقرة الأخيرة « يتعهد الما قول غيه بتقديم العمل والمادة معا » .. فهو ما اشترطته المجلة فى عقد الاستصناع .. وهو الفارق الكبير بين الاستصناع والإجارة كما قلنا سابقا ، وما سنقوله غيها بعد عند التحدث عن الشروط الخاصة — ان شاء الله .

ولكن التأثر بالمدنى المصرى ليس ببعيد على المدني العراقى .. لذا قال فى التعريف « يتعهد الما قول غيه » حين نجد المجلة تقول (يتعهد) **الصانع** بدلا من « **الما قول** » .. والمعروف أن المدني العراقى متأثر بالمجلة العدلية.

### الفرع الثالث : تعريف الاستصناع فى المدني المصرى :

قبل البدء بتعريفه عند المدني المصرى .. نقول أن المدني المصرى الجديد عد متطورا بتغيير عقد الاستصناع الذى كان فى المدني القديم الى عقد الما قولة .. لكن يا ترى .. هل معنى هذا أن عقد الاستصناع يقابل فى المدني المصرى الجديد عقد الما قولة على إطلاقها ؟

**الجواب :** لا .. فغقد ذكر فى مجموعة الأعمال التحضيرية (٦٢) أن عقد الما قولة « ايجار أهل الصنائع أو عقد الاستصناع » .. وشرحا لهذا .. ورد غيها « أن مجرد التغيير الذى تم فى عنوان هذا الفصل ، وابدال اسمه القديم « ايجار أهل الصنائع » باسم جديد هو : « عقد الما قولة » لكاف فى

(٦٠) رسالة الاستصناع لدافيد ص؟ وما بعدها .

(٦١) المدني العراقى م / ٨٦٥ لفترة (٢٠) . نقلا عن المبادئ القضائية لعبد الرحمن

علام ص ٩٦ .

(٦٢) ٥/٥

الدلالة على مدى التطور الذى لحق هذا العقد وتشعب نواحيه وتعدد اشكاله وصوره العملية فى الوقت الحاضر ..

فقد كان القصد قديما من وضع احكام هذا الفصل هو تنظيم العلاقة القانونية بين مستصنع وصانع يعهد اليه بعمل ما ، مع هذه الخاصية .. وهو ان مركز الصانع بالنسبة لمن يكلفه بالعمل يقرب كثيرا من مركز العامل ..... ولهذا نجد عند القوانين ومنها التقنين المصرى اهلى ومختلط يتكلم عن عقد الاستصناع ، وعقد العمل فى باب واحد هو « ايجار الأشخاص واهل الصنائع » ..... ويرى أن المقاولات أنواع منها المقولة الصغيرة .. وهى الصورة التقليدية لعقد الاستصناع .

لذا .. عرف المدنى المصرى الجديد المقولة بأنها (٦٣) « عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر .

وفى الفقرة الثانية من المادة (٦٤٧) تقول « يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا » ..

### المناقشة :

ان قولهم « ايجار اهل الصنائع أو عقد الاستصناع » هو عقد المقولة حاليا . خطأ كبير من جهة أنهم عند تعريفهم للمقولة جاءوا بايجار اهل الصنائع كجزء من التعريف وهذا لا غبار عليه .

لكن خلطهم لهذا الجزء « ايجار اهل الصنائع مع عقد الاستصناع غير صحيح اما جعلهم للاستصناع من المقاولات الصغيرة فهو بعيد عن الحقيقة .. فالاستصناع اليوم فى عالم الصناعة من المقاولات الكبيرة والصغيرة بأن واحد » .

\* \* \*

---

(٦٣) المدنى المصرى م ٦٤٦ .

## الفصل الثانى : الاستصناع عقد أم وعد ؟

تمهيد :

السؤال يطرح نفسه ، هل الاستصناع عقد أم وعد ؟ وقبل الإجابة عن هذا التساؤل لابد من معرفة معنى العقد والوعد ، ثم بيان حكم كل منهما وأنواع العقود وأقسامها ثم يأتى جواب التساؤل .

### \* المبحث الأول :

#### \* مفهوم العقد والوعد :

##### الفرع الأول : العقد لغة :

عقدت الحبل .. من باب ضرب فانعقد ، المعقدة : ما يمسكه ويوثقه ومنه قيل « عقدت البيع ونحوه » وعاقדתه على كذا بمعنى عاهدته (١) ، والمعقدة : المعاهدة وتعاقد القوم فيما بينهم (٢) .

##### الفرع الثانى : العقد اصطلاحاً :

ويعرف العقد بأنه (٣) « العهد » .. والعهد يعنى ما أحل الله وما حرم وما حد فى القرآن كله .. قال الله تعالى : ( والذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل ويفسدون فى الأرض ..... الآية ) (٤) .. ويدخل فى ذلك كافة العقود : كعهد الله ، وعقد الحلف ، وعقد الشركة ، وعقد البيع ، وعقد النكاح ..... الخ .  
وقيل هو ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعتقد على غيره فعله على وجه الزامه إياه (٥) ..

(١) المصباح المنير كتاب المين « فى المين مع الغاف وما يثلثهما » .

(٢) مختار الصحاح — باب المين —

(٣) قاله ابن عباس — رضى الله عنه — ومجاهد . أنظر تيسير العلى القدير ١/٨٢٢ .

(٤) البقرة / ٢٧

(٥) الجصاص فى أحكام القرآن ٢/٣٥٨ الى ٣٦١ .

وكل شرط شرطه الانسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد وقيل العقد هو (٦) : ارتباط أجزاء التصرف الشرعى ..

فهذه اهم التعريفات للعقد عند الفقهاء .. وهى بمجموعها تدل على انه الترابط الذى يتم بين طرفين على امر .. فبعد العهد انه عقد والشرط عقد .

### الفرع الثالث : مفهوم الوعد :

**تعريف الوعد لغة :** يستعمل الوعد فى (٧) : « الخير والشر .. يقال : وعد يعد بالكسر وعدا .. وقال الفراء : يقال وعدته خيرا ووعدته شرا .. فاذا استقطوا الخير والشر قالوا فى الخير الوعد والعدة .. وفى الشر : اليعاد والوعيد ..

**تعريف الوعد اصطلاحا :** ويعرف الوعد فى اصطلاح الفقهاء بأنه (٨) « ما يطلبه الطالب فيعده صاحبه بانفاذ ما يطلب » ..

وقيل هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالاضافة الى المستقبل لا على سبيل الالتزام فى الحال .. وقد يقع الوعد على عقد او عمل .. كأن يعد شخص آخر ببيعه أرضا او ببناؤه دارا .. اما حكمه عند جمهور الفقهاء (٩) فانه : يلزم ديانة لا قضاء .

### \* البحث الثانى :

#### \* الفرق بين العقد والوعد والآثار المترتبة على هذا :

##### الفرع الأول : الفرق بين العقد والوعد :

يتبين لنا من التعريفات السابقة لكل من العقد والوعد الفارق الكبير بينهما من حيث كون الارتباط بين الطرفين فى العقد على الوجه المشروع يثبت اثره .

\* \* \*

(٦) الدرر شرح الفرر ٣٢٦/١ .

(٧) مختار الصحاح / باب الواو .

(٨) انظر الموسوعة الفقهية ٩١/٧ وما بعدها .

(٩) مصادر الحق للسنبورى ١٥/١ .



فالأثر .. هو الفارق الكبير بين العقد والوعد .. ولكن ماهي الآثار المترتبة على الاستصناع ان كان عقدا أو وعدا ؟

ان كان عقدا : فلا بد ان يكون داخلا ضمن دائرة اللزوم او عدمه .. فالعقد في الأصل لابد ان يكون لازما .. واذا كان لازما يترتب عليه الضمان وغير ذلك من الأمور الواجب توفرها عند كونه عقدا لازما .

وان كان وعدا : فليس هناك آثار تترتب عليه سوى أنه على كل من المتواعدين اثم في عدم اتمام ماوعدا به .. ولاضمان على كل واحد منهما .. والآن .. بعد ان تكلمنا عن العقد والوعد .. نرجع لبيان رأى فقهاء الحنفية في الاستصناع .. هل هو عقد أم وعد ؟

المطلب الأول : هناك رأى عند الحنفية يقول بأن الاستصناع وعد لاعقد .. ومن هؤلاء (١٠) : الحاكم الشهيد (١١) ، الصفار (١٢) ، ومحمد بن سلمة (١٣) ، وصاحب المنثور (١٤) .

قال السرخسي (١٥) : وكان الحاكم الشهيد يقول الاستصناع موعدة .. وانما ينعقد العقد بالتعاطى اذا جاء به مفروغا عنه .. ولهذا ثبت فيه الخيار لكل واحد منهما .

\* \* \*

---

(١٠) انظر في هذا كله .. فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها ، الموسوعة الفقهية ٩١/٧ وما بعدها .. المبسوط للسرخسي ١٣٨/١٢ ، ١٣٩ ، العناية مع فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .

(١١) الحاكم الشهيد : هو ابو الفضل محمد بن محمد بن احمد المروزي الوزير العالم الكبير ولى القضاء في « بخارى » قتل شهيدا سنة ٣٣٤ هـ — انظر طبقات الفقهاء لطائش كبرى زاده ص ٥٧ .

(١٢) الصفار : هو ابو القاسم الصفار البلخي توفى سنة ٣٣٩ هـ — نفس المصدر السابق ص ٦٤ .

(١٣) محمد بن سلمة : وهو ابو عبد الله محمد بن سلمة .. روى عنه زئر توفى سنة ٢٦٨ هـ نفس المصدر السابق ص ٤٥ .

(١٤) لم أجد له ترجمة فيما اطلعت عليه ..

(١٥) المبسوط ١٢ / ١٣٨ وما بعدها .

## ✽ المطلب الثانى :

ادلة من قال انه وعد وليس بعقد ومناقشتها :

واستدل اصحاب الراى القائل : بأن الاستصناع وعد وليس بعقد استدل اصحاب هذا الراى .. بادلة عقلية على صحة قولهم وهى كما يلى (١٦) :

### الدليل الاول :

ان الصانع له ان لايعمل .. وبذلك كان ارتباطه مع المستصنع هو ارتباط وعد لاعقد .. لان كل مالا يلزم الانسان به مع التزام نفسه به يكون وعدا لاعقدا لأن الصانع لايجبر على العمل بخلاف السلم فانه مجبر بما التزم به .

### الدليل الثانى :

ان المستصنع له الحق فى عدم تقبل ما يأتى له الصانع من مصنوع .. وله ان يرجع عما استصنعه قبل تمامه ورؤيته .. وهذا علامة انه وعد لاعقد .. لهذا قال ابو اليسر (١٧) « ان الخيار ثابت لكل واحد منهما » « الصانع والمستصنع » .

وجه الدلالة مما تقدم : مما تقدم نجد ان الاستصناع لو كان عقدا للزم الطرفين او للزم احدهما دون ان يكون لهما الخيار فى نسخه او امضائه .. وهذه كلها مميزات للوعد .. لا للعقد .. فكان الاستصناع لهذا كله وعدا بالبيع لاعقد مبيع .

✽ ✽ ✽

---

(١٦) فتح القدير ٣٥٥/٥ انظر المبسوط ١٣٨/١٢ وما بعدها .

(١٧) فتح القدير ٣٥٥/٥

**المناقشة :** اعترض من قال «بأن الاستصناع وعد لاعتد ، على رأى الجمهور القائل « بأن الاستصناع عقد وليس بوعد » بما يلى :

**اولا :** كيف يجوز أن يكون مبيعا . . والمعدوم لا يصلح أن يكون بيعا ؟  
**رد الجمهور :** ورد الجمهور (١٨) بأن المعدوم قد يعتبر موجودا حكما كالناسى للتسمية عند الذبح . . فان التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لثلا تتضاعف الواجبات . . فكذا المستصنع فيه المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل الجارى بين الناس .

اعترض على الجمهور (١٩) : ورد ما قاله الجمهور بأن هذا انما يصح أن لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع . . والمعقود عليه هو الصنع فى الاستصناع وليس هو العين .

**الجواب :** أجاب صاحب الهداية (٢٠) عن ذلك فقال : « ان المعقود عليه هو العين دون العمل ، حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز » . .

وهذا هو الرأى الراجع عند جمهور فقهاء الحنفية كما سنبينه فيما بعد — ان شاء الله .

**ثانيا : اعترض آخر (٢١) :** من الواضح الثابت عند من يرى أن الاستصناع عقد بيع لا وعد به . . انه يبطل بموت الصانع . . والعقود فى المعاملات لا يبطلها موت أحد طرفيها . . فكيف صاغ القول بأنه عقد مع بطلانه بموت الصانع ؟

**الجواب :** واجيب عن هذا (٢٢) بأن الاستصناع انما يبطل بموت الصانع لشبهه بالاجارة . . فهو لهذا الشبه قلنا بأنه يبطل بموت الصانع . . وهذا لا يمنع أن يكون عقدا .

---

(١٨) انظر الهداية ٣٥٥/٥ ، انظر فتح القدير ٣٥٥/٥ وضع

(١٩) انظر العناية ٣٥٥/٥

(٢٠) انظر الهداية ٣٥٥/٥

(٢١) انظر شرح مجلة الأحكام — باز — ص ٢١٩ حيث نقل رأى صاحب النهر بقوله من الاستصناع « ان بطلانه بموت الصانع بنافى كونه بيعا »

(٢٢) المغاوى الفياتية ص ١٥١ .

رد الجمهور على أدلة القائلين بأنه وعد : وقد اعترض جمهور الفقهاء على الشبهة التي احتج بها من قال أن الاستصناع وعد لاعقد فقالوا (٢٣) :

١ — ان قول أبي اليسر : بأن اثبات الخيار لكل من الصانع والمستصنع يدل على أنه وعد .. مرغوض ، فهو لا يدل على أنه غير بيع .. الا ترى ان في بيع المتايضة لو لم ير كل من العاقلين عين الآخر كان لكل منهما الخيار فلم يخرج به الى أن يكون وعدا .

٢ — القول بأن الاستصناع وعد لاعقد .. لأن الصانع له ان لا يعمل ولأن المستصنع له الخيار في أن لا يقبل الشيء المصنوع .. كل ذلك وارد في غير عقد الاستصناع .

\* فالاستصناع .. لا يعتبر عقدا نافذا ملزما الا ساعة أن يتم الصانع ما يطلب منه وفق المواصفات التي اشترطها المستصنع .. ورأى المستصنع ذلك الشيء بعينه ورضى .. عند ذلك يتم الاستصناع فلا خيار لواحد منهما .. فأما ما ذكر فهو وارد على أمور أخرى غير الاستصناع .

### \* المطلب الثالث :

\* حكم الاستصناع على أنه عقد وليس بوعد والأدلة ومناقشتها : يرى الجمهور على أنه (٢٤) عقد .

\* أدلة الجمهور القائل بأن الاستصناع عقد وليس بوعد : استدلل الجمهور .. بأدلة عقلية .. على أن الاستصناع عقد نوردها فيما يلي :

اولا : أن الصانع يملك الدراهم بقبضها وما دام يقبضها فهو عقد .. لأن المواعد على شيء لا يملك الدراهم بقبضها وبلاستصناع يملكها ملكا غير لازم عند جمهور فقهاء الحنفية (٢٥) .

ثانيا : لأنه قد أجريت في الاستصناع القياس والاستحسان .. ونحن نعرف أن الوعد لا يحتاج الى اثبات الاستدلال به الى اجراء القياس

---

(٢٣) انظر فتح القدير ٣٥٥/٥ ، وانظر درر الحكام شرح مجلة الاحكام لعلى حيدر ١٩٨/١

(٢٤) انظر فتح القدير ٣٥٥/٥ ، البدائع ٢٦٧٧/٦ ، المبسوط ١٢٨/١٢ وما بعدها .

(٢٥) حاشية الطحاوي ١٢٦/٣ ، وفتح القدير ٣٥٥/٥ .. على الخلاف الذي سنذكره فيما اذا ملك الصانع والمستصنع ما يملكه ملكا لازما أو غير لازم .

والاستحسان .. فقد ثبت العمل بالوعد بالنص (٢٦) والاجماع .. فمن يعد  
أحدا من المسلمين يجب عليه أن يفي بوعدته أن لم يكن معصية مثلا .. ولكننا  
نرى أن الإمام محمد بن الحسن قد أجرى في الاستصناع القياس  
والاستحسان (٢٧) .

ثالثا : أن الاستصناع يثبت فيه خيار الرؤية .. والوعد لا يحتاج الى  
اثبات الخيار .. فهو وعد مع آخر يختار كل منهما الأخذ به .. وما دام  
الخيار في الوعد ثابت وموجود فهو من باب أولى يثبت في عقد الاستصناع (٢٨)

رابعا : أن الاستصناع يجري فيه التقاضي .. والتقاضي انما يثبت في  
الواجب بالعقود لا بالوعود .. فإذا ما وعد شخص آخر لا يؤدي عدم الإيفاء  
بذلك الذهاب للقضاء ، وإقامة الدعوى .. وانما الذي يكون كذلك فيما  
هو واجب بالعقد بينهما (٢٩) .

خامسا : أن الاستصناع يجوز فيما فيه تعامل بين الناس لا فيما لاتعامل  
فيه . كما إذا طلب من نجار أن يصنع قارباً من خشب من عنده أو الخفاف  
أن يصنع خفا من جلد من عنده .

في حين أن الوعد يكون فيما فيه تعامل فيه . مما أحله الله مطلقا .  
وأما التعاقد في الاستصناع فيشترط فيه عند الحنفية أن يكون فيما فيه  
تعامل فحسب (٣٠) على ما سنذكره في الشروط الخاصة للاستصناع — أن  
شاء الله .

سادسا : أن الصانع في الاستصناع يجبر على عمله (٣١) .. والمواعد  
على الشيء لا يجبر على ما وعد به الا من باب الإيفاء بالوعد فقط .. أن  
استطاع ذلك .. أما الذي تعاقد في الاستصناع على رأى المجلة فانه يجبر

---

(٢٦) ورد في السنة عن أبي هريرة — رضى الله عنه — أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا أؤتمن

خان » رواه مسلم — مختصر صحيح مسلم — حديث رقم ٢٧ .  
(٢٧) انظر العناية ٣٥٥/٥ ، وفتح القدير بنفس الصفحة . والبدايع

٢٦٧٧/٦

(٢٨) انظر البدائع ٢٦٧٧/٦ . البسوط ١٣٨/١٢ وما بعدها .

(٢٩) نفس المصدر السابق .

(٣٠) انظر العناية ٣٥٥/٥ وما بعدها ، الموسوعة الفقهية ٩١/٧ وما بعدها .

(٣١) انظر الدرر الحكام لمولى حيدر ١٩٨/٢ .. وهذا رأى خاص بالمجلة مع بعض  
المفتاه وهو مرجوح يتول : أن الاستصناع لازم من أول التعاقد وحتى النهاية ..  
فيكون الصانع على هذا مجبرا على العمل .

على صنع ماتعاقد عليه . . فان لم يستطع يمكن أن يطلب من صانع آخر ذلك . . على ما سنبينه فيما بعد :

سابعاً : أن المستصنع لا يرجع عما طلب ولا يجوز له أن يرجع . . لأنه ان تعاقد لا يحق له على رأى المجلة أن يرجع عن ذلك . . لأن التراجع له له ضرر كبير على الصانع بتضييع المادة الخام بناء على أمر من المستصنع . . فان رجع فقد لا يشتريه أحد لعدم موافاته للشروط التى يطلبها هذا الأخير (٣٢) .

ثامناً : اذا رأى المستصنع المطلوب صنعه « المستصنع فيه » فهو بالخيار . . لأنه اشترى مالم يره « . . فقله اشترى مالم يره دليل على أنه يريد به ذلك المستصنع واعتباره شراء دليل على أنه عقد (٣٣) .

لذا . . فالتسمية لعملية التعاقد بالشراء شىء واضح على أنه يراد به أنه ليس بوعده ، والمعروف أن الشراء اذا أطلق يراد به عملية التعاقد بالبيع ، وأيضا فان الشراء بيع لأنه من الأضداد .

الترجيح : لو تأملت قوة الأدلة التى أوردها الجمهور القائلين بأن الاستصناع عقد وليس بوعده . . يتبين لك مدى رجحان أدلتهم . فهى أدلة واضحة بالنسبة لأدلة الفريق القائل بأن الاستصناع وعد .

وقد ناقشها جمهور الفقهاء واحدا واحدا وضعفها . . فعلى هذا يكون الاستصناع عقدا لا وعدا عند الحنفية .

\* \* \*

---

(٣٢) الدرر الحكام ١٩٨/٢ .

(٣٣) فتح التدبير ٣٥٥/٥ .

## الفصل الثالث : دراسة العقد بصورة عامة

### تمهيد :

لما كانت دراسة عقد الاستصناع من الاهمية بمكان .. لذا اردنا قبل الشروع في بيان أحكام عقد الاستصناع الخاصة به .. وبيان أركانه وشروطه . أن نقدم نبذة عن العقد بصورة عامة ، تعريفه ، وتقسيماته ، وأركانه ، وشروطه .

وعليه .. فنقول : بالاستقراء يتبين لنا من تتبع كتب الفقهاء أنهم لم يفرّدوا دراسة العقد دراسة مستقلة .. بل انهم كتبوا في العقود كل على حدة ، واهتموا بكل ما يتعلق بذلك العقد المسمى .. كالبيع والاجارة .. والنكاح ..... الخ . فدرسوا هذه العقود كل على حدة دراسة مستفيضة ..

علما بأنهم عندما يتداخل عقدان في شيء ما يذكرونه من باب الاستطراد .. لا التفصيل .. ففى باب السلم مثلا : يذكرون أن للسلم شروطا زيادة على ما فى شروط البيع وهكذا ..

وأما الفقهاء المعاصرون .. فقد حاولوا دراسة العقد بصورة عامة آخذين ذلك من دراسة العقود بصورة خاصة فى كتب الفقهاء القدامى .. فاستخلصوا نظرية للعقد فى الشريعة الاسلامية .. وهذا ما اردنا توضيحه هنا — أن شاء الله .

### \* المبحث الأول :

#### \* مفهوم العقد :

#### الفرع الأول :

#### تعريف العقد لغة :

سبق وأن ذكرنا تعريف العقد لغة ، وفى هذا المقام سنورد تعريفا فى المصباح المنير حيث جاء فيه : عقدت الحبل عقدا ، فاعقدت ، العقد : ما يمسكه ويوثقه ومنه قيل عقدت البيع ونحوه وعاقדתه بمعنى عاهدته (١) .

(١) المصباح المنير / كتاب العين ٢ فى العين مع الغاف وما يثلثهما .

## الفرع الثاني :

### تعريف العقد اصطلاحاً :

وفي اصطلاح الفقهاء .. تطلق كلمة العقد على معنيين وكلاهما ذكرنا منهما تعريفاً سنورد هنا نبذة عن الاطلاقين (٢) للايضاح اكثر .

**الاطلاق الأول :** وهذا الاطلاق هو المشهور ويقصد به : الربط الحاصل بين كلامين ، أو مايقوم مقامهما كالاشارة والكتابة على وجه يترتب عليه حكم شرعى ، وكثيراً ما يطلق العقد ويراد به ما تم الارتباط به بين الطرفين .. سواء كان كلامين أم كتابتين أم اشارتين ، أم معلنين .

**الاطلاق الثاني :** وهذا أعم من المعنى الأول ويقصد به : كل التزام ينشأ عنه حكم شرعى سواء كان صادراً من طرف واحد أم صادراً من طرفين .

## الفرع الثالث :

### تعريف العقد فى النظام الوضعى ، وبيان رأى الشريعة فيه :

جاء فى نظرية العقد (٣) .. العقد هو : توافق ارادتين على أحداث اثر قانونى سواء كان هذا الاثر انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه .. فمن باع شيئاً فقد نقل ملكية المبيع الى حوزة المشتري .. وإذا ما تقابلا .. فقد أنهيا حكمه .. ومن كفل فقد أنشأ على نفسه حقاً للدائن فى المطالبة .

وهذا التعريف .. فى النظام الوضعى له شبه بتعريف العقد عند الحنفية حيث جاء فى المجلة (٤) .. العقد هو : التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً .. وهو عبارة عن ارتباط ايجاب وقبول .. وعليه فلا يدخل فى نطاق العقد عند النظام الوضعى (٥) الالتزام الذى يتم بالارادة المنفردة . فارتباط الايجاب والقبول عند المجلة ينشئ التزاماً أو ينقله أو يعدله أو ينهيه .. فهو عام .

(٢) انظر نظرية الشروط المقرنة بالعمد - زكى الدين شعبان ص ١١ وما بعدها .

(٣) نظرية العقد للسنبورى ج١/٧٧ الى ٨٠ ،

(٤) انظر مجلة الاحكام العدلية م/١٠٣ ، وانظر شرحها لملى حيدر ١/٩١ .

(٥) الدخلى للفتة الاسلامى للشيخ / محمد الحسينى ص ٣٥٧ .



## العلاقة بين العقد والتصرف :

سبق وأن بينا أن العقد يطلق على معنيين .. فعلى الإطلاق الثانى  
تكون كلمة العقد مرادفة لكلمة التصرف .. بخلافها على الإطلاق الاول ..  
فإنها أخص من التصرف .. ويتحققان فى كل ربط بين كلامين يترتب عليه  
حكم شرعى ..

وينفرد التصرف فى كل التزام ينشأ عن ارادة واحدة .. كالطلاق والعق  
ونحوهما فيسمى هذا تصرفا ولا يسمى عقدا (٦) .

\* \* \*

---

(٦) انظر نظرية الشروط المقرنة بالعقد — لذكى الدين شعبان ص ١١ وما بعدها .

## ✽ المبحث الثانى :

### ✽ تقسيمات العقد فى الفقه الإسلامى :

بعد أن ذكرنا تعريف العقد بصورة عامة .. نتكلم عن تقسيمات العقد عند الفقهاء .. لنرى هل رتبوا مسميته وفق أصول معينة أم تركوا هذا الترتيب وساروا على غير ذلك .

الملاحظ أن الفقهاء لم يضعوا خطة عامة يلتزموا بها جميعا على اختلاف مذاهبهم فى تعريف العقود .. كأن يبدأوا بعقود التكليفات ثم الاسقاطات .. وهكذا .

إنما هم على قدر من الترتيب ارتضاه كل مذهب ما ليسير رجاله عليه فقتبعه الآخرون على منواله .. ولا نستطيع أن نبخس حقهم .. فهم اهتموا بالعقود ونظموها على اعتبارات مختلفة وبيّنوا ما يتعلق بتلك التقسيمات من غائدة .

ولربما أوردوا عقدا بعد عقد لأن هذين العقدين مثلا يضمنان أحكاما مشتركة بينهم .. فمثلا : من تلك التقسيمات التى تقوم على أساس الأثر المترتب على العقد مايلى :

عقود تملك .. ثم عقود اسقاط .. ثم اطلاق .. ثم تقييد .. ثم شركات ثم توثيقات .. ثم حفظ (٧) .

واليك مثلا للتقسيمات التى درج عليها بعض الفقهاء .. فنأخذ تقسيما للحنفية ، وآخر للحنابلة كمثال .. ثم نقارن مقارنة مختصرة بينهما .

## الفرع الأول :

### تقسيم العقود فى كتاب البدائع :

#### جاء فى البدائع للكاسانى التقسيم التالى للمعاملات (٨) : —

(٧) أنظر المدخل للحسينى ص ٤١٨ . وقد لجأ صاحب مرشد الحيران الى معيار وقف فيه على المحل الذى يقع عليه التعاقد . ففى المواد ٢٦٣ — ٢٦٦ . ذكر أنه يصح أن يرد العقد على الأعيان لتملكها أو لحفظها أو للانتفاع بها بمسوخ أو بغير عوض أو على عمل معين من الأعمال الصناعية أو على حرفة معينة — مرشد الحيران م / ٢٦٣ — ٢٦٦ .

(٨) البدائع : أنظر الفهرس فيه ومراجعة مابداخل الكتاب بعد ذلك .

الاجارة ، الاستصناع ، البيع ، السلم ، الكفالة ، الحوالة ، الوكالة ،  
الصلح ، الشركة ، المضاربة ، الهبة ، الرهن ، المزارعة ، المعاملة  
( المساقاة ) ، الوديعة ، العارية ، القسمة ، الوصايا ، القرض .

## الفرع الثاني :

### تقسيم العقود في كتاب المقنع :

جاء في المقنع تقسيم آخر للمعاملات وهو كما يلي (٩) .  
البيع ، السلم ، القرض ، الرهن ، الكفالة ، الصلح ، الوكالة ،  
الشركة ، المضاربة ، المساقاة ، المزارعة ، الاجارة ، العارية ، الوديعة ،  
الجعالة ، الهبة ، الوصايا .

المقارنة : من خلال رؤيتنا لهذين التقسيمين .. نجد أن الحنفية قد  
وضعوا للاستصناع بحثا خاصا به ، وقد وضعه صاحب البدائع بعد  
الاجارة .. لكننا نجد صاحب الاختيار لتعليل المختار (١٠) يجعله بعد السلم ،  
وكذلك سار على هذا .. كثير من فقهاء الحنفية .

أما بقية العقود .. فقد تساوى بها الحنفية مع الحنابلة .. ولكننا  
لا نستطيع أن نورد مناقشة تامة لهذه التقسيمات فهي تحتاج الى تفصيل  
يرجع اليها في الكتب المختصة بذلك .

\* \* \*

---

(٩) أنظر المقنع في الفهرس ومراجعة ما بداخله عند المقارنة .

(١٠) الاختيار لتعليل المختار ٣٨/٢ .

## \* البحث الثالث :

### \* المقومات الأساسية للعقد :

أن العقد سواء كان ارتباط إيجاب وقبول أو التزام إنسان ما بأمر من الأمور بمعنى هذا أن العقد يتوقف وجوده بصفة كاملة على الإيجاب والقبول والعاقدان ، والمحل « المعقود عليه » .. فهذه الثلاثة هي مقومات العقد باتفاق الفقهاء لكنهم يختلفون باعتبار هذه الأمور كلها أركاناً (١١) للعقد أم شروطاً .

غير الحنفية .. يعتبرونها أركاناً للعقد (١٢) .. لأنه لا يوجد ولا يتحقق إلا بها (١٣) .

**أما الحنفية :** فيرون أن ركن العقد هو : صيغته ( الإيجاب والقبول غلط ) (١٤) . . وهي ركن للعقد لأن الإيجاب والقبول يدلان على الرضا الذي يتعلق به الحكم وما كان في معناها .

أما العاقدان والمعقود عليه فعندهم هي من شروط انعقاد العقد .. لأنها خارجة عنه .. فلا يعد شيئاً منها من أركانه .  
وقبل التفصيل في مقومات العقد بصورة عامة .. نورد شيئاً من الإيجاز عنها هنا :

١ - **صيغة العقد :** وهي التعبير الصادر من المتعاقدين لينبئ عن معنى التملك والتملك .. وهذا التعبير يسمى بالإيجاب والقبول في عرف الفقهاء .. سواء كان التعبير لفظياً أم فعلياً .

فاللفظي يسمى عند البعض بالمبادلة القولية أو الصيغة القولية .. وأما الفعلية فتسمى « التعاطي » .. والفقهاء تفصيل كبير في الصيغة سواء من جهة القول أو الفعل .

---

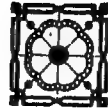
(١١) وكما في الشيء جانيبه القوي .. كما في مختار الصحاح / باب الرأ .. وقيل الركن هو الذي إذا فقد من شيء لا يمكن وجود ذلك الشيء . كما يطلق الركن على معنى المتم لهامية الشيء ويطلق على الجزء لهامية الشيء .. كتولهم « القيام ركن الصلاة » فالقيام جزء من الصلاة .. انظر شرح المجلة لملي حيدر ١٠٦/١ .  
(١٢) كشاف التناع ١٣٥/٣ ، وانظر مطالب أولى النهى ٤/٣ ، وانظر بداية المجتهد ١٧٠/٢ .

(١٣) المدخل للحسيني ص ٣٥٨ .

(١٤) الاختيار ٤/٢ .

٢ — **العقدان** : وهما طرفا التعاقد أو ما يسمى بالموجب والقابل وهما شرط من شروط الانعقاد عند الحنفية وركن عند الجمهور ولهما شروط عند الفقهاء نذكرها عند البحث في الشروط العامة والخاصة فيما بعد — أن شاء الله .

٣ — **المعقود عليه** : وهو ما يسمى بمحل العقد عند أصحاب النظم الوضعية كالمصنوع أو المطلوب صنعه في عقد الاستصناع .. ويشمل الثمن أيضا .. وله شروط سنوردها في موضعها — أن شاء الله .





## الباب الثاني حكم عقد الاستصناع

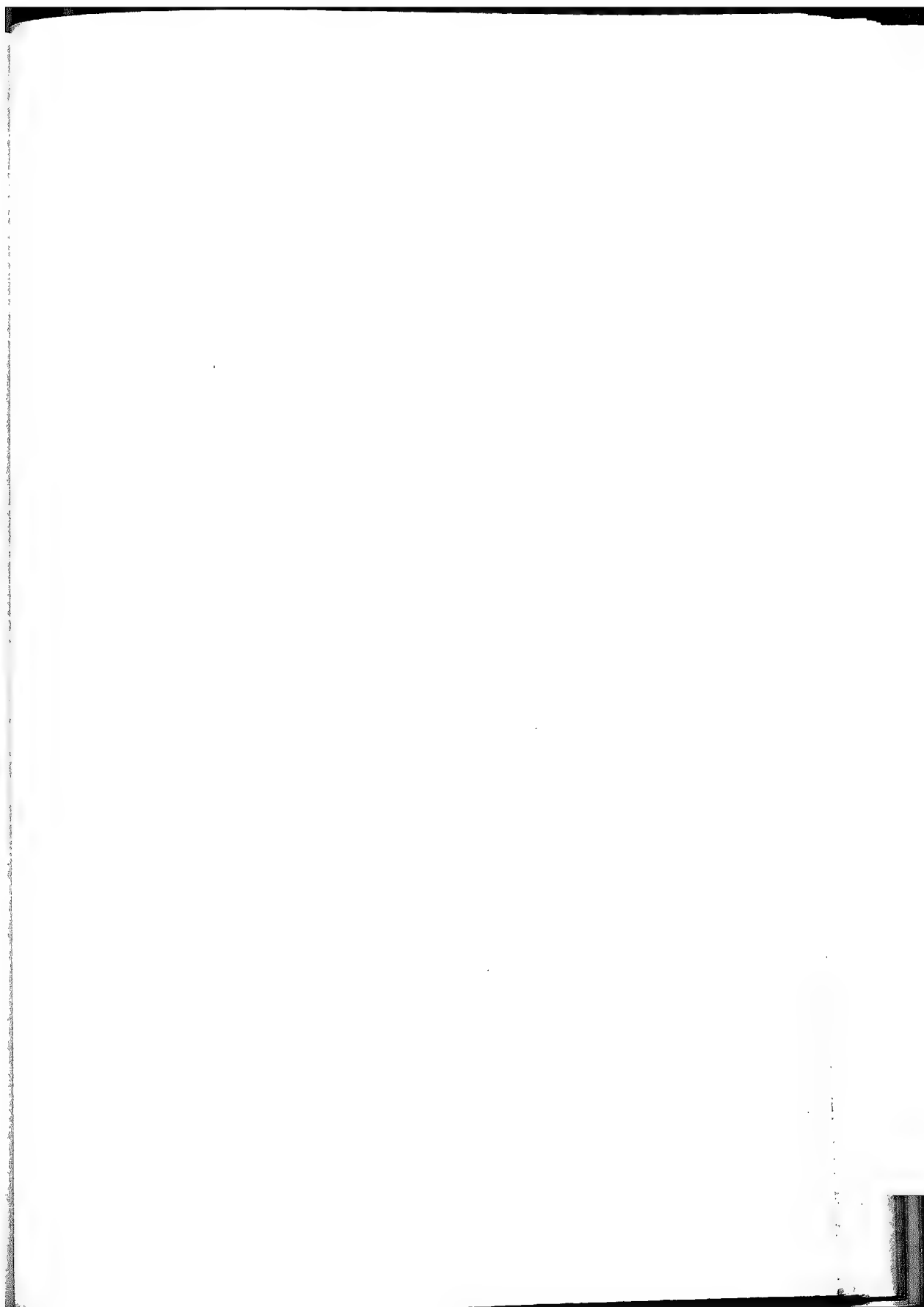
\* \* \*

الفصل الأول : حكم عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول

الفصل الثاني : حكم عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثاني وصلة بالسلم

الفصل الثالث : حكم الاستصناع عند المذاهب الأخرى .

الفصل الرابع : حكم الاستصناع في النظام الوضعي .





## الفصل الأول : حكم عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول

تمهيد :

اتفقت كلمة فقهاء الحنفية تقريبا على مشروعية عقد الاستصناع ..  
فهو جائز عند جمهور فقهاء الحنفية .

الا أنه ورد عن زغر .. قول بالمنع أورده بعض فقهاء الحنفية مع رأى  
الشافعى جنبا الى جنب ..

### \* البحث الاول :

\* رأى فقهاء الحنفية فى عقد الاستصناع :

الفرع الاول : رأى جمهور فقهاء الحنفية :

يرى جمهور فقهاء الحنفية مشروعية عقد الاستصناع (١) ، وحكمه عندهم  
الجواز واليك بعض النصوص من كتب فقهاء المذهب .

الامام محمد :

جاء عن الامام محمد بن الحسن فى الجامع الصغير قوله (٢) «لواستصنع  
رجلا شيئا ..... بغير أجل .. جاز استحسانا » .

\* الكاسانى :

جاء فى البدائع (٣) .. فى معرض الكلام عن الاستصناع « اما جوازه  
فالتقياس ان لا يجوز لانه باع ما ليس عند الانسان لا على وجه السلم ..  
وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان  
ورخص فى السلم ويجوز استحسانا لاجماع الناس على ذلك » ..

(١) انظر البدائع ٢٦٧٨/٦ . طرح فتح القدير ٣٥٥/٥ ، تحفة الفقهاء

٥٣٨/٢ ، شرح مجلة الاحكام لملى حيدر ٣٥٨/١ ، الفتاوى الاسعدية ٥٧/٢ .

(٢) مخطوطة جامع الصدر الشهيد فى ترتيب الجامع الصغير ٦٣/١ .

(٣) البدائع ٢٦٧٨/٦ .

### الكمال بن الهمام :

وقال ابن الهمام عن الاستصناع بأنه « جاز استحسانا (٤) » .

### السمرقندي :

أما السمرقندي في تحفة الفقهاء .. فغدد ذكر كلاما عن الاستصناع فقال « والقياس أنه لا يجوز وفي الاستحسان جائز (٥) » ..

### أبو بكر بن المنذر :

ويقول أبو بكر بن المنذر في مخطوطته « وقال أبو حنيفة هو جائز .. والمستصنع الخيار إذا رآه مفروغا منه (٦) » ..

### الفرع الثاني : رأي المانعين للاستصناع :

نقل لنا بعض فقهاء الحنفية رأي زفر في الاستصناع وبينوا أن زفر يرى عدم جواز عقد الاستصناع .

قال ابن الهمام (٧) : « والقياس أنه لا يجوز وهو قول زفر (٨) ... » .

والقياس من الأدلة القوية على المنع وبه قال جمهور الحنفية أنفسهم .. إلا أن الجمهور أجازوا الاستصناع بالاستحسان .. والذي أراه أن زفر لا يأخذ بالاستحسان لذا .. منعه .

### \* البحث الثاني :

### \* الأدلة :

### الفرع الأول : دليل المشروعية عند أصحاب الاتجاه الأول :

### المطلب الأول : أدلة المجيزين للاستصناع :

يرى جمهور الحنفية .. أن الاستصناع جائز استحسانا (٩) .. وأنه عدل من القياس الذي بمقتضاه يكون الاستصناع غير جائز .

(٤) شرح فتح القدير ٣٥٥/٥

(٥) تحفة الفقهاء ٥٣٨/٢ .

(٦) انظر مخطوطة الاشراف لأبي بكر بن المنذر ص ٢٧ وما بعدها .

(٧) انظر فتح القدير ٣٥٥/٥ .

(٨) زفر بن هذيل بن قيس المنبري البصري صاحب أبي حنيفة - ولد سنة ١١٠ هـ -

وتوفي سنة ١٥٨ هـ - .

(٩) انظر شرح فتح القدير لابن الهمام ٣٥٥/٥ ، البدائع ٢٦٧٨/٦ الفتاوى السعدية

٥٧/٢ ، تحفة الفقهاء ٥٣٨/٢ .

## وجه الاستحسان (١٠) :

وجه الاستحسان هو (١١) : التعامل بين الناس لهذا العقد . . فان هذا التعامل الدال على الاجماع العملى من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير . . يعتبر حجة للعمل به .

والاجماع العملى هذا . . اعتبره الحنفية حجة قوية استنادا الى قول النبى صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن . . وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح (١٢) » . . فتعامل الناس بالاستصناع وتعارفهم على عدم تحريمه واستمرار هذا التعامل من ذلك الوقت وعلم العلماء به دون نكير منهم على هذا التعامل يعتبر بحق دليلا قويا على جواز هذا التصرف وابطاحه هذا النوع من التعامل .

(١٠) الاستحسان له تعريفات كثيرة نذكر منها ما استقر عليه رأى المتأخرين كالسعد فى حاشيته على المعضد ٢٨٨/٢ فانه يرى ان الاستحسان عبارة عن دليل يتناول المقياس الجلى الذى تسبق اليه الافهام . . وهو حجة لأن ثبوته بالدلائل التى هى حجة اجباعا . . لانه ثابت أما بالاثار كالسلم والاجارة . . وأما بالاجماع كالاستصناع وأما بالضرورة كطهارة الحيض والآبار . . والاستحسان يراد به فى الغالب قياس خفى يقابل قياسا جليا .

وعلى هذا فان الاستحسان على هذه التفاسير ليس دليلا خارجا عما ذكر من الأدلة ومن قال به من العلماء هم الحنفية والحنابلة ومن أنكره الشافعى . . فقال الشافعى : من استحسنت فقد شرع . . يعنى من أثبت حكما بأنه مستحسن عنده من غير دليل من قبل الشارع فهو الشارع لذلك الحكم لأنه لم يأخذه من الشارع وهو كفر أو كبيرة .

قال المعضد : والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه لأن من أخذ به ذكر فى تفسيره أمورا لاتصلح محسلا للخلاف . . لأن بعضها مقبول اتفاقا وهو التعريف السابق للاستحسان . . وبعضه متردد بين ما هو مقبول اتفاقا وما هو مردود اتفاقا . . جاء فى نظرية الميرزا نضرير ص ٥٩٩ : الاستحسان لابد له من مستند يستمد منه حجته . . وهو ما يعبر عنه بوجه الاستحسان فقد تتبعنا المواطن التى ذكر فيها الحنفية الاستحسان . . . . . فوجدت أنهم يوجهون الاستحسان فيها تارة بالحاجة ، وتارة بالتعامل . . وقد عرفنا أن التعامل يرجع الى الحاجة . . فيكون الاستحسان راجعا الى الحاجة . . . . . والواقع ان التعامل والاستحسان ليسا بمعاملين منفصلين عن الحاجة . . فالحاجة هى الأصل والتعامل والاستحسان يرجعان اليها . . ولا يتصور تعامل من غير حاجة . . كما ان الحاجة العامة او الخاصة لاتعرف الا عن طريق التعامل العام او الخاص .

(١٢) عن عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه - قال : « ان الله نظر فى قلوب العباد فوجد قلب محمد صلى الله عليه وسلم خير قلوب العباد ، فاصطفاه لنفسه فابتعثه برسالته . . ثم نظر فى قلوب العباد بعد قلب محمد فوجد قلوب اصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه فما رأى المسلمون حسنا فعند الله حسن ، وما رأوا سيئا فهو عند الله سوء » . . رواه الامام احمد فى مسنده ٣٧٩/١ .

قال القسطلانى (١٢) عند تعرضه لحديث الخياط « ان فيه جواز الاجارة على الخياطة ردا على من ابطالها بعله أنها ليست بأعيان مرئية ولا صفات معلومة » .

وفي صناعة الخياطة .. معنى ليس فى سائر ما ذكره البخارى من ذكر القين والصائغ والنجار .. لأن هؤلاء الصناع انما تكون منهم الصناعة المحضة بما يستصنعه صاحب الحديد والخشب والفضة والذهب .. وهى أمور من صناعة يوقف على حدها ولا يخلط بها غيرها .

والخياط .. انما يخط الثوب فى الأغلب بخيوط من عنده .. فيجتمع الى الصناعة الآلة .. واحداها معناه النجارة .. والأخرى الاجارة .. وحصة احدهما لا تتميز من الأخرى ، وكذلك هذا فى الخراز والصباغ اذا كان بخيوطه .. ويصبغ هذا بصبغه على العادة المعتادة فيما بين الصناع .. وجميع ذلك فاسد فى القياس ..

الا ان النبى صلى الله عليه وسلم وجدهم على هذه العادة أول زمن الشريعة فلم يغيرها .

اذ لو طولبوا بغيره لشق عليهم فصار بمعزل عن موضع القياس .. والعمل به ماض صحح لما فيه من الارفاق » .

#### وجه آخر للاستحسان :

وهناك وجه آخر للاستحسان وهو الحاجة (١٤) الماسة الى هذا العقد .. فالانسان قد يحتاج الى أى مصنوع من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة .. وقلما يتفق وجوده على المطلوب فيحتاج الانسان الى أن يستصنع غلو لم يجز لوقع الناس فى ضيق وخرج .. ولا خرج فى الدين فهو يسر لا عسر فيه .. وما جعل الله علينا فى الدين من حرج .. والا فكيف يبسر للناس الوصول الى ما يريدون من الصناعات المختلفة اذا أغلقنا باب الاستصناع فى وجوههم .. مع أن الاستصناع هو أقرب طريق للانسان يصل به الى تحقيق احتياجاته وتيسير حياته ، واستمرار هذه الحياة .

(١٣) ارشاد السارى للقسطلانى ٦٦/٥ ، ٦٧

(١٤) جاء فى نظرية الفرر للفرير ص ٥٩٩ : أن الحاجة هى : أن يصل المرء الى حالة بحيث لو لم يتناول المينوع يكون فى جهد ومشقة .. ولكنه لا يهلك .. فالحاجة الى عقد من المعتود تكون فى حالة ما اذا لم يباشر المرء ذلك المعتد كان فى مشقة وخرج .

والاستصناع أكثر تجاوبا مع الحضارة التي توسع أفقها في بلدان كثيرة .. كبغداد وما جاورها والمغرب العربي وما يحيط بها من البلدان .. مما حدا بفقههاء تلك الأمصار الى حل مشاكل الناس حسب روح الشريعة الاسلامية السمحاء .. فأجيز هذا النوع من التعامل العقدي .. وذلك لعدة أسباب منها انعدام الفرر فيه المؤدى الى المنازعة .. وانعدام الجهالة المؤدية الى القطيعة والمشاحنة .

وفيه تيسير على الناس وتوسيع لباب المعاملات بما يحقق للمسلمين استقرارهم وازدهار حضارتهم .. فالتشريع الاسلامى لا يضيق ولن يضيق عن استيعاب كل ما يعود على البشرية من خير .. سواء فى معاملاتهم أو فى تحقيق أمنهم أو فى رفع مستواهم البشرى والحضارى والعلمى .

### \* المطلب الثانى :

### \* السنة :

يرى بعض من أجاز هذا النوع من المعاملات أن جوازه يستند الى السنة النبوية .. فقالوا :

١ — أن حديث استصناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم يدل على أن مشروعية الاستصناع دليلها السنة .. « فقد استصنع الرسول صلى الله عليه وسلم خاتما (١٥) » ونقل شارع المجلة العدلية فقال : الاستصناع « ثبتت مشروعيته بالسنة واجماع الامة » .. « اما السنة فقد استصنع النبى صلى الله عليه وسلم الخاتم (١٦) » .

ب — كما يستدل من السنة على مشروعية الاستصناع بما روى من ان الرسول صلى الله عليه وسلم استصنع المنبر (١٧) .

(١٥) انظر شرح فتح القدير ٣٥٥/٥

(١٦) انظر الدرر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٥٨/١

(١٧) لم يرد الحديث « باستصناع المنبر » وانما الذى ورد حسب ما طلعت عليه فى كتب

السنة هو ما يلى : — روى البخارى فى صحيحه عن ابي حازم قال : أتى رجال سهل

ابن سعد يسألونه عن المنبر فقال : بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى

غلائة امرأة قد سهاها سهل : ان مرى غلامك التجار يعمل لى اعوادا اجلس عليهم

اذا كلبت الناس .. فأمرته بميلها من طرفاء الغابة .. ثم جاء بها فأرسلت الى

رسول الله صلى الله عليه وسلم بها فأمر بها فوضعت فجلس عليه « —

ولكن حديث استصناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم (١٨) أكثر قبولاً وذلك .. لأن حديث المنبر طال النقاش فيه حول الصورة التي تم بها الاستصناع .. وهل هو استصناع بالمعنى المراد في اللغة الا وهو طلب الصنعة .. أم هو هدية من صانعه للرسول صلى الله عليه وسلم . هذه التساؤلات وغيرها تحولنا للأخذ باستصناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم عن استصناعه للمنبر .

### \* المطلب الثالث :

### \* الإجماع العملي :

ومن الإجماع العملي استدل فقهاء الحنفية على مشروعية الاستصناع .. حيث أوردوا أنه ثبتت مشروعية الاستصناع بالإجماع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا .. دون نكير .

فالإجماع .. منعقد على جوازه للحاجة .. وكذلك فإن الدين يسر .. فالناس احتاجوا لهذا التعامل فعملوا به ولم يجدوا نكيراً عليهم .. ولا عبرة بخلاف البعض .

### \* المطلب الرابع :

### \* المعقول :

ومن المعقول استدل الحنفية بأن الاستصناع جائز استحساناً لحاجة الناس إليه تلك الحاجة الماسة مع شرط أن يكون ما يستصنع متعاملاً به بين الناس .

= \* وفي رواية في البخاري أيضاً عن جابر بن عبد الله - رضى الله عنهما - أن امرأة من الأنصار قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : يا رسول الله ألا أجعل لك شيئاً تتعد عليه .. فإن لى غلاماً نجاراً قال : أن شئت .. فعملت له المنبر فلما كان يوم الجمعة تعد النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر الذى صنع ... الحديث . « ارشاد السارى للقسطلانى ٦٧/٥ - ٦٨ ، انظر فتح البارى للقسطلانى ٢٦٨/٤ »

\* قال القسطلانى تمجيهاً على هذين الحديثين « ... يحتل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بلغها أنه يريد عمل المنبر فلما بعث إليها بدائه بقولها : ألا أجعل لك شيئاً تتعد عليه فقال لها مرى غلامك فعملت له المنبر .... ا هـ » .

(١٨) ورد الحديث في اصطناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم في باب الصاد والنون من النهاية في مريب الحديث والأثر ٥٦/٣ . انصه « اصطناع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتماً من ذهب » .. قال ابن الأثير « أى أمر أن يصنع له » كما تقول اكتب أى أمر أن يكتب له .. والطاء بدل تاء الافتعال لأجل الصاد « ... ا هـ » .

وقيل أيضا .. بأن الاستصناع انما جاز استحسانا لما يلي (١٩) :

١ — للتعامل الراجع الى الاجماع العبلى من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٢ — لاستصناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم .

٣ — ان جواز هذا العقد داخل ضمن الكثير من المعاملات التى يغتفر فيها جهالة أحد العوضين اذا كانت يسيرة لا تؤدى الى النزاع فى المعاملات .

فمن ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم أعطى الحجام أجره عندما احتجم عنده مع أن مقدار الحجامه غير معروف عند التعاقد ولا كمية الدم المستخرج (٢٠) .

٤ — ومثل هذا شرب الماء من السقا .. فالسقا يعطى الماء للعطشان بدون تحديد لكميته .. ولا معرفة لما سيعطى الشارب للماء .. فهى جهالة يسيرة لا تؤدى الى نزاع كما سبق ذكره فى الحجامه ..

٥ — ولسماع النبى صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام .. فأباحه بمئزر ولم يبين له شرطا .. وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه وإلى الآن .. مع عدم ذكر ما يصب من الماء ولا مدة المكث ونحو ذلك .

---

= \* وفى الاعتبار ٢٣١ — ٢٣٢ . « روى عن نافع عن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتما من ذهب وكان يجعل فيه الى باطن كفه .. اذا لبسه فصنع الناس ثم انه جلس على المنبر فنزعه .. وقال ائني كنت ألبس هذا الخاتم واجعل نصه من داخل .. فرمى به ثم قال : لا والله لا ألبسه أبدا فنبذ الناس خواتمهم . ثم عقب صاحب الاعتبار فى ص ٢٣٣ : هذا حديث صحيح ثابت وله طرق فى الصحاح فى كتابيهما من عدة طرق »

(١٩) انظر شرح فتح القدير ٣٥٥/٥

(٢٠) روى البخارى عن ابن عباس رضى الله عنهما — قال : « احتجم النبى صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره » قال ابن حجر : احتجم النبى صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره .. وزاد من وجه آخر « ولو علم كراهية لم يعطه وهو ظاهر فى الجواز » .... وعرف به أن المراد بالكراهة التحريم .. وكان ابن عباس أشار بذلك الى الرد على من قال ان كسب الحجام حرام .

**ويقول الكاسانى (٢١) :** « ويجوز استحسانا لاجماع الناس على ذلك  
لاتهم يعملون ذلك في سائر الاعصار من غير نكير .. وقد قال رسول الله  
صلى الله عليه وسلم : « لاتجتمع أمتى على ضلالة (٢٢) » .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما رآه المسلمون حسنا  
فهو عند الله حسن .. وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح » (٢٣) ..

ولأن الحاجة تدعو اليه فقد يحتاج الانسان الى خوف أو نعل من جنس  
مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة ..  
وهذا قلما يتفق وجوده مصنوعا فيحتاج الانسان الى أن يستصنع مثل هذه  
المصنوعات وغيرها .. فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج .

وقال الكاسانى أيضا .. « لأن فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم  
والاجارة لأن السلم عقد على مبيع في الذمة .. واستئجار الصانع يشترط  
فيه العمل » .. وما اشتمل على عقدين جائزين كان جائزا (٢٤) .

ويرى صاحب العناية (٢٥) : ان كان قد توفر في الاستصناع شرط  
التعامل فيجوز استحسانا .. ووجه الاستحسان عنده : الاجماع الثابت  
بالتعامل فان الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل  
من غير نكير .. أما القياس فيترك بمثله كدخول الحمام .

---

■ واختلف العلماء في هذه المسألة .. فذهب الجمهور الى انه حلال واحتجوا بهذا الحديث  
« ..... ١ هـ . انظر فتح الباري ٢/٣٧٧ ط دار المعرفة بيروت .

(٢١) البدائع ٢٦٧٨/٦

(٢٢) جاء في السنن لابن ماجه ١٣٠٣/٢ حدثني أبو خلف الأعمى قال : سمعت انس  
ابن مالك يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « أن أمتي  
لاتجتمع على ضلالة .. فإذا رأيتم اختلافا فعليكم بالسواد الأعظم » .. وفي اسناده  
أبو خلف الأعمى واسمه حازم بن عطاء وهو ضعيف .. وقد جاء الحديث بطرق كلها  
نظر .. قاله المراقى في تخريج أحاديث البيهقاوى وفي حاشية السنن « قال  
السيوطى : في تفسير « السواد الأعظم » أى جماعة الناس الذين يجتمعون على  
سلوك المنهج المستقيم والحديث يدل على أنه يلبنى العمل بتول الجمهور » .

(٢٣) سبق تخريج هذا الحديث في ص ٩٧ .

(٢٤) البدائع ٢٦٧٨/٦

(٢٥) انظر العناية مع فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .



وأما صاحب تحفة الفقهاء فقد قال (٢٦) : ان الاستصناع  
جائز استحسانا لتعامل الناس فلا جرم عنده انه اختص بالجواز .. ان  
كان متعاملا به في الخف مثلا والقلنسوة والأواني ونحوها .. بعد بيان  
القدر والصفة والنوع .

وخلاصة القول : أن مشروعية (٢٧) هذا العقد مستندة السنة والاجماع  
العملى والاستحسان وقد فصلنا القول بها غيما سبق .

### الفرع الثانى : أدلة المانعين :

سبق وأن بينت أن زفر منع الاستصناع للقياس فهو دليل قوى  
بالنسبة لزفر لكونه لم يأخذ بالاستحسان .. وهذا كل ما يمكن أن يقال  
عن أدلة المانعين للاستصناع .

### المناقشة والترجيح :

مما اطلعنا عليه .. فان المانعين والمجيزين لم يحصل بينهم أى نزاع  
ولم يذكر شرح لسبب المنع .. لذا سيكون الراجع في هذا الموضوع هو  
راى المجيزين للاستصناع لأدلتهم التى ذكرناها آنفا وهى الاستحسان  
والسنة والاجماع العملى الذى هو حجة عند المجيزين وغيرهم .

\* \* \*

(٢٦) تحفة الفقهاء ٥٣٨/٢

(٢٧) جاء عن القسطلانى في شرحه لحديث الخياط الذى رواه البخارى أن : في الحديث  
جواز الاجارة على الخياطة ردا على من ابطالها بعملة انها ليست بأعيان ماثية ولاصفات  
معلومة وفي صنعة الخياطة معنى ليس في سائر ما ذكره البخارى من ذكر التين والصانغ  
والنجان لان هؤلاء الصناع انها تكون منهم الصنعة المحضة فهما يستصنعه صاحب  
الحديد والخشب والفضة والذهب وهى لور من صنعة يوقف على حدها ولايخلط بها  
غيرها . والخياط انها يخطط الثوب في الأغلّب بخيوط من عنده . فيجتمع الى الصنعة  
ألة واحداها معناه التجارة والاخرى الاجارة وحصنة احداها لاتتيز من  
الأخرى .... وجميع ذلك فاسد في القياس .. الا ان النبى صلى الله عليه وسلم  
وجداهم على هذه العادة أول زمن الشريعة فلم يغيرها اذ لو طولبوا بغيره لثق  
عليهم فصار بمعزل عن موضع القياس .. والعمل به ماض صحح لما فيه من  
الارتاق » . ارشاد السارى القسطلانى ٦٦/٥ - ٦٧

### \* المبحث الثالث :

#### \* حكمة مشروعية عقد الاستصناع :

بعد استعراضنا للاستصناع كمعقد مستقل ، وبيان حكمه ، وهل هو مشروع أم غير مشروع .. وعرفنا أنه مشروع وبيننا أدلته والراجع فيه أنه مشروع .

فيحسن بنا أن نذكر الحكمة التشريعية لهذا العقد فنقول : إن الاسلام قائم على أساس حفظ النفس والبدن والمال وغيرها مما يسمى بحفظ الحاجيات .

وهذا يحتاج الى أمور تعين على قضاء هذه الحاجيات .. ومن ذلك المواد التي غالباً ما يسد الانسان حاجياته بها .. كالمصنوعات التي ما غتئت تتغير من زمن الى آخر ومن مكان الى آخر .. وتتطور تطوراً كبيراً .. فالاسلام يضع الأسس العامة للتعامل بهذه الصناعات ولهذا شرع الاستصناع لهذا الغرض .

والسلم وحده لا يسد كل الحاجيات هذه والتي كما قلنا تطورت جوانبها من زمن بعيد .. وكذلك الاجارة على العمل وحدها لاتسد كل هذه الحاجيات .. وتطبيقاً لقول الله تعالى : ( اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام ديناً (٢٨) .

لابد وبالضرورة ، ووفقاً لما قاله الله تعالى أن تكون هذه المعاملات لها حل في الاسلام .. فكان للفقهاء رأى في المعاملات التي يحتاجها الناس في حياتهم سواء كانت هذه المعاملات بيعاً أم سلماً أم استصناعاً أم مضاربة .. الخ .

ولكى يسير الناس على هدى من نظام دقيق واضح في معاملاتهم .. وبذلك يقضى على اسباب الشكوى واساس النزاع .. ويتوافر للناس كل مقومات حياتهم بلا مشقة أو ضرر مع ترك ما يخالف منهج الله كالربا والجهالة والغرر .

وموضوعنا عقد الاستصناع .. هو عقد لا يدخل فيه شيء مما نهى الله عنه من هذه الأمور أن تعمل به وفق احكامه العامة والخاصة من كل

جوانبه .. فقد شرع هذا العقد لسد حاجيات الناس ومتطلباتهم ..  
فالصانع يحصل له الارتفاق ببيع ما يبتكر من صناعة هي وفق الشروط  
التي يملئها المستصنع كالمواصفات والمقاييس وغير ذلك .

والمستصنع يحصل له الارتفاق بسد حاجياته بوفق ما يراه مناسباً  
لنفسه وبدنه وماله وحاجياته .. أما الموجود في السوق من مصنوعات  
سابقة الصنع .. فقد لا يسد الانسان حاجياته بها لسبب أو آخر ..  
فلا بد من الذهاب الى من لديه الخبرة والابتكار .. وهذه قد تتضح أكثر  
لو تطلعنا الى حاجيات الدول غيما بينها والشركات كبرها وصغيرها الى  
الصناعات الحربية والاقتصادية والتعليمية والصحية وما الى ذلك .

فعندئذ .. لما تقضى حاجات الناس جميعاً أفراداً وشركات ودولاً  
على وفق منهج شرع الله . تحل مشاكلهم ويزدادوا طمأنينة في هذه الحياة  
البالية الفانية ..

\* \* \*

## الفصل الثانى : حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثانى

### وصلته بالسلم

#### \* البحث الأول :

#### \* حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثانى :

##### تمهيد :

ان عقد الاستصناع لم يكن مستوفيا للبحث عند أصحاب الاتجاه الثانى « المالكية ، الشافعية ، الحنابلة » .. لذا .. سأورد موقف أصحاب الاتجاه الثانى من الاستصناع وأبدأ بالمالكية .. حسب الترتيب التاريخى .

#### الفرع الأول : حكم الاستصناع عند المالكية :

قلنا ان المالكية الحقوا بالاستصناع بالسلم .. وانهم يريدون به طلب الصنعة على اساس السلم .. وبأحكامه .. فياخذ بناء على هذا شروط السلم .. وبما أننا سندرس الاستصناع ذلك العقد المستقل ذو الأحكام الخاصة به ، والشروط المنفرد بها . فيكون بحثنا فى حكم الاستصناع عند المالكية خاص ببيان وجهة نظرهم عنه .

فأكثر فقهاء المالكية وخاصة شراح خليل .. وعند البحث فى السلم .. يعرجون الى ما يجوز السلم فيه وما لا يجوز .

فابن رشد .. قلنا انه عند كلامه عن السلم .. ذكر (١) لنا نقطة مهمة يبدوا انها ذات مكانة عظيمة فى عصرهم .. الا وهى السلم بالصناعات .. فأدخلوا حكم التعامل بالصناعات فى السلم وبينوا ما يجوز فيه ، وما لا يجوز واشتروا شروطا لما يجوز فيه حتى يبعد عن المنع فقال ابن رشد : السلم بالصناعات .. وتحتة قسم التعامل بالصناعات الى أربع حالات منها : حالة ما اذا لم يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله .. ولم يعين المعمول منه .. فأعطى ابن رشد هذا النوع حكم السلم .

(١) المتدمات لابن رشد — طبعة بولاق ص ١٣٥

أما خليل في مختصره (٢) وشراحه نلمس من كلامهم عن السلم .. وبالأذات غيما يجوز السلم فيه وما لا يجوز أنهم بحثوا مسألته بعد مسألة الشراء من دائم العمل ومثلوا للشراء من دائم العمل بالخيار .. فجوزوا هذا على أنه بيع .. ثم قالوا : فإن لم يدم « أى أن البائع غير دائم في عمله بل مؤقت » .. فهو سلم بأحكامه .. ومن الذى يشبه السلم أيضا الاستصناع .. وعندهم : الاستصناع الذى يشبه السلم يجوز التعامل به على أنه سلم سواء كان الصانع دائم العمل أم غير دائم العمل بأن كان وقتيا أو موسميا مثلا .

وفي حاشية المدنى (٣) : لو أعطى للصانع الذى يصنع الآجر أو الجيار ثمن شئ معلوم وأخذ منه حالا أو الى أجل قريب أو بعيد لجاز ذلك .. على أنه سلم .

وجاء في الشرح الصغير (٤) : مايدل على أن استصناع السيف أو السرج أو الثوب أو الباب ونحو ذلك من حداد أو سروجى أو حائك أو نجار على صنعة معلومة وبثمن معلوم جائز .. وهو سلم يشترط فيه شروطه المعروفة .

لهذا .. نجدهم يشترطون أن لايعين العامل ( الصانع ) ولا المعمول منه ( المستصنع فيه ) فى الاستصناع ..

جاء فى المدونة (٥) فإن اشترط أن يعمل هو نفسه أو اشترط عمل رجل بعينه قال « لايمكن هذا سلفا لأن هذا الرجل سلف فى دين مضمون على هذا الرجل وشرط عليه عمل نفسه وقدم نقده .. فهو لايدرى أيسلم هذا الرجل الى ذلك الأجل فيعمله له أم لا ؟ فهذا من الغرر وهو أن سلم عمله له .. وإن لم يسلم ومات قبل الأجل بطل سلف هذا .. فيكون الذى أسلف اليه قد انتفع بذهبه باطلا » .

وفى تعيين المستصنع فيه جاء أيضا فى المدونة : بأنه أسلفه كما وصف فى المسألة الاولى السابقة الذكر « فى تعيين العامل » على أن يعمل له ما

(٢) مختصر خليل مع مواهب الجليل للخطاب ١٤/٢

(٣) حاشية المدنى على الرهونى ٢٥٢/٣

(٤) الشرح الصغير للرددي ٢٨٧/٣

(٥) المدونة لمالك ١٩/٦

اشتراط عليه من حديد قد اراه اياه ، او ظواهر او خشب او نحاس قد اراه اياه .. قال مالك — رحمه الله — لايجوز ذلك .. لانه لايدري ايسلم ذلك الحديد او الظواهر او الخشب الى ذلك الاجل أم لا .. ولايكون السلف بشيء بعينه ..

### مسألة الشروع في الصنع :

ان التعاقد مع صانع شرع في عمل مصنوع مسبقا على أن يكمله على صفة معينة نظير عوض معين .. جائز .. ان شرع في الصنع ليكمله بالفعل وفي الحال او لمدة قليلة كخمس عشرة يوما فاقبل ..  
أما اذا كان غير ذلك بأن تأجل أكثر .. فلا يجوز .. لانه يكون من قبيل بيع مبيع معين تأخر قبضه وتسليمه .

وللجواز .. يشترط أن يكون عند الصانع من المادة الخام مايستطيع أن يكمله منه .. اذا صنعه .. بحيث اذا لم يأت على الصفة المطلوبة كسره واعاده وكمله مما عنده من المادة الخام .

قال الدردير (٦) : « وجدت نحاسا يعمل طشتا او حلة او تورا او غير ذلك فقلت له كمله لى على صفة كذا بدينار .. يجوز .. ان شرع في تكيله بالفعل او بعد ايام قلائل كخمس عشرة يوما فاقبل » .

وقال الدسوقي (٧) : « ومحل الجواز اذا كان عند النحاس نحاسا بحيث اذا لم يأت على الصفة المطلوبة كسره واعاده وكمله مما عنده من النحاس .  
رأينا في المسألة : من هذا كله .. نخلص الى أن مسائل الاستصناع داخلة في السلم بكل جوانبه .. وهو جائز عند المالكية .. فيأخذ عندهم حكم السلم بشروطه .

والسلم جائز استثناء من بيع مالميس عند الانسان (٨) .. وبما أن السلم ليس بموضوعنا وانما نخرج عليه ، ويكون التفصيل في ذلك مكانه كتب الفروع .

(٦) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١٩٤/٣

(٧) حاشية الدسوقي ١٩٤/٣

(٨) الخطاب على خليل ١٤/٤

أما مسألة الشروع في العمل التي أوردها المالكية فهي موافقة لبعض صور الاستصناع عند الحنفية وأنه بيع وليس بسلم بشرط أن تكون المادة المطلوب صنعها موجودة وذلك منعا للمنازعة بحيث يقدر الصانع على تسليم ما تعهد بصنعه سواء وافق المصنوع المستصنع من أول مرة أو بعد كسر المصنوع وإعادة صنعه مرة أخرى .

وأرى أن هذا تجديد في المذهب كما نفهم من عبارة الدردير وأنه لاخلاف بين مذهب الحنفية والمالكية في جواز هذا العقد إلا من حيث الشكل فقط .

غالمالكية .. يرويه بيعا موجودا معيناً .. والحنفية يرويه بيعاً موصوفاً في الذمة وهذا خلاف شكلي إذا نظرنا إلى عرف الناس اليوم .. وأنهم لايشترطون البدء بالصناعة فوراً ، وإنما الشرط هو في موعد التسليم .. وأن الصانع سواء كان غرداً أو شركة يبدأون في الغالب فور التعاقد على الشيء المطلوب صنعه في العمل فيه ولهذا .. يضربون أجلاً للتسليم بقصد الاستعجال لا الإهمال .

\* \* \*

## الفرع الثانى :

### حكم الاستصناع عند الشافعية :

لو تصفحنا كتب الشافعية لوجدنا أن التعامل فى المطلوب صنعه والمحتاج اليه فى الحياة العملية .. داخل فى باب السلم .

فقهاء الشافعية (٩) .. جوزوا السلم فى كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته .. فعندما يراد صنع مائدة من الخشب أو الحديد أو الألمنيوم أو من أى شئ آخر من المواد الخام التى أنعم الله علينا بها .. لاستطعنا أن نعرف كيف نصل الى ما نريد سواء كان عن طريق الاجارة والمادة من عند المستصنع أو عن طريق السلم عند الشافعية .

ولكن الشافعية .. لايجوزون هذا التعامل كغيرهم من أصحاب الاتجاه الثانى الا اذا ضبطت صفات المطلوب صنعه .. لأن مالا تضبط صفاته يكون مجهولا والمجهول لايجوز التعاقد عليه سواء بالبيع أم بالسلم أم بالاجارة .

ولكن .. ماهى المعانى التى تحملها هذه الضوابط التى يطلبها انشافعية فى السلم بالصناعات ؟

ينقل لنا الركبى عن الهروى قوله (١٠) « الضبط : لزوم الشئ بقوة ، ورجل ضابط قوى شديد البطش » .

وقال الركبى(١١) : ان ضبط الشئ حفظه بالجزم ، والرجل ضابط أى حازم .

ومن الأمثال التى ساقوها فى هذا المضمار بخصوص المواد الخام والمطلوب صنعه من الحاجيات هى الأثمان ، والحبوب ، والثياب ، والفخار ، والزجاج .

لهذا نجد الشافعية .. لايجوزون السلم بهذه الاشياء المذكورة اعلاه الا اذا كانت مادته مضبوطة الأوصاف .. أى حفظت بقوة بحيث لايقضى التعامل بها الى الجهل « والغرر بلا حاجة (١٢) » .

(٩) المذهب للشمرازى ٢٩٧/٢

(١٠) النظم المستعذب مع المذهب للركبى ٢٩٧/١

(١١) نفس المصدر السابق .



أما السلم بالأوانى المصنوعة والمختلفة الأعلى والأسفل كالابريق ،  
والمئارة (١٣) ، والكرازة (١٤) غلهم فيها وجهان :

**الوجه الأول :** لايجوز السلم بها .. وذلك لأنها مختلفة الأجزاء ،  
فلم يجز السلم فيها كالجلود .

**الوجه الثانى :** يجوز السلم بها .. لأنها يمكن وصفها .. فجواز  
السلم فيها كالأسطال المربعة والصحاف الواسعة (١٥) .

بعد هذا كله .. نستطيع القول .. بأن طلب الصنعة درس دراسة  
لا بأس بها عند الشافعية .. الا أنهم جعلوه ضمن أحكام السلم .. فهم  
استعملوا الفاظا تنبئ عن هذا الاهتمام وتزيدنا بمعرفة حكمه عندهم .

جاء فى المذهب (١٦) «يجوز السلم فى كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته»  
.. ومثل لهذا بأشياء تدل على أنها لاتباع الا بعد صنعها كالنفخار ..  
وجوز أيضا التعامل بالورق المصنوع .. لأنه معلوم القدر ، ومعلوم الصفة ..  
أما فى صبغ الغزل ونسجه .. فيقول صاحب المذهب (١٧) « ويجوز فيها صبغ  
غزله ثم نسج لأنه بمنزلة صبغ الأصل » .

وفى الثياب .. قال الشيرازى أيضا : واختلف أصحابنا فى الثوب  
المعول من غزلين .. فمنهم من قال : لايجوز .. لأنها جنسان  
مقصودان ، لا يتميز أحدهما عن الآخر فأنشبه الغالية .

---

(١٣) **المئارة :** الأصل منورة قلبت الواو الفا لتحركها ، وانفتاح ما قبلها . موضع النور  
كالمئارة . **والمئارة :** الشمعة ذات السراج وفى المحكم « المبرجة » وهى التى يوضع  
عليها السراج . قال أبو ذؤيب : وكلاهما فى كنه يرينه . . فيها سنان كالمئارة أصلح  
أراد أن يشبه السنان فلم يستقم له فأتبع اللفظ على المئارة وقوله أصلح يريد أنه  
لا صدا عليه فهو يبرىق » .. شرح القاموس لحد الزبيدى / (فصل النون من باب  
الراء .

(١٤) **الكرازة :** كوز ضيق جمع كرازان كغراب جمع غرابان . وقال ابن دريد : ولا أدرى  
أعربى هو أم معرب - غير أن العرب قد تكلبوا به » .. شرح القاموس / باب  
الزاي .

(١٥) تبين فى كلام الشافعية بالوجه الثانى تجد أنهم يعللون ذلك بكونها يمكن وصفها ..  
ومثلوا بالأسطال المربعة . أى أنه يجوز فى الأوانى المختلفة الأعلى والأسفل كما  
يجوز فى الأسطال المربعة .

أذن .. صنع الأسطال والصحاف الواسعة يكون وصفها ممكنا ومسهلا ..  
ومن كلامهم أن السلم بالأوانى جائز إذا كانت مضبوطة الأوصاف نستخلص جواز  
السلم فى الأموال المصنوعة باليد قديما .. وبالمachine حديثا .. لا بل التى تصنع  
بالمachine أقرب للجواز .. لأن الذى يخرج منها من انقاج متساوى الى حد كبير .

(١٦) المذهب ٢٩٧/١

(١٧) نفس المصدر السابق .

ومنهم من قال يجوز .. لأنها جنسان يعرف قدر كل واحد منهما ..  
وفي روضة الطالبين للنووى (١٨) : يجوز السلم في الكاغد عددا ..  
ويبين نوعه وطوله .. والكاغد : هو من مصنوعات الورق غالبا .

### الصناعة بالقالب :

ان اكثر الصناعات الحديثة يتم عن طريق التفنن بالشئ وضبط  
صفات المطلوب صنعه حسب المواصفات .. ثم يتم صنعه عن طريق  
القالب المصبوب بالماكينة أو الفرن . وإذا كان كذلك .. فالتعامل به  
يبعد القرار والجهالة الى حد كبير .

لهذا .. نجد هذه النقطة قد أثارها النووى حيث جوز السلم فيها  
يصب منها في القالب لعدم اختلافه (١٩) .

### علة المنع عند الشافعية :

بعد ان عرفنا أن الشافعى يمنع الاستصناع أن لم تضبط صفات  
المستصنع فيه . وذلك في حالة كون المستصنع فيه يشمل مادتين فأكثر  
ويجوز مطلقا بلا شرط أن كان من مادة واحدة .

فيكون الاستصناع جائز عند الشافعى ان ضبطت صفاته ، وأبعدت  
كافة الأمور المؤدية للمنازعة .

وكذلك يفهم ذلك من كلام فقهاء الشافعية .. كتجوز النووى (٢٠) للسلم  
في الصناعات التى تتم بالقالب .. انها مؤداة ضبط المطلوب صنعه .. وفي  
القالب يتم هذا الضبط .

وقول النووى (٢١) : في الأسطال المربعة .. وهى المادة المطلوب  
صنعها في الحياة العملية لكثير من البشر .. والمكونة عادة في وقتنا الحاضر  
من الحديد أو النحاس أو الصفر أو البلاستيك .. وتشديده الامام  
النووى (٢٢) في مسألة صنع الثياب أن يذكر جنس الخيط كأن يكون من

(١٨) ٢٨/٤

(١٩) نفس المصدر السابق .

(٢٠) روضة الطالبين للنووى ٢٨/٤

(٢١) نفس المصدر السابق .

(٢٢) نفس المصدر السابق ٢٥/٤

ابريسسم أو قطن أو كتان . والنوع ، والبلد الذى ينسج فيه أن اختلف به  
الغرض . . الى أن يذكر : ويجوز السلم فى القمص والسراويلات اذا  
ضبطت طولاً ، وعرضاً ، وسعة ، وضيقاً (٢٣) .

فعلى هذا . . نجد أن أصحاب الشافعى يتفقون مع الامام الشافعى  
فى جواز السلم بالصناعات أن كان من مادة خام واحدة أو أكثر بشرط  
ضبط الصفة .

أما قول صاحب المذهب (٢٤) : بأنه لايجوز السلم فيما يجمع أجناساً  
مقصودة لا تتميز كالفالية . . والسبب فى هذا المنع لأن الفالية تكون عادة  
من عدة مواد خام . . فهمى تكون عادة من الكافور والعنبر المخلوط بماء  
الورد .

#### رأى المطيعى (٢٥) :

ثم جاء المطيعى فى تكملة للمجموع للنووى . . فتكلم عن الصناعات فى  
باب السلم فأدخل فى هذا النوع من العقود كثيراً من المصنوعات الحديثة .  
وجوز (٢٦) التعامل بها على أساس طلب الصنعة وأعطاه حكم السلم .  
ومن الصناعات التى جوز السلم بها الثلاثجة ، والغسالة ، والمذياع ،  
والحركات بأنواعها . . . . . الخ ، مما هو واقع فى عصره . . الا أنه  
شدد على مسألة ضبط الصفة كالشافعى وهى أمر هين على ما يقول . .  
فإن المصانع ترسل سجلاً لكل آلة يصنعونها يبين فيها نوع المادة  
المصنوع منها والشيء الذى تم به الصنع ووزن المادة وصفتها . . الخ .  
مما لا يخفى على كل واحد منا .

(٢٣) نفس المصدر السابق.

(٢٤) المذهب للشيرازي ٢٩٧/١.

(٢٥) المطيعى : هو محمد بن نجيب من العلماء المعاصرين وقد قام مشكوراً بتكملة المجموع

التكملة الثانية وحقق أحاديثه وطبعه طبعة جديدة

(٢٦) تكملة المجموع ١٣٠/١٢

## رأى أبو سنة ومناقشته :

يرى الشيخ / أحمد فهمى أبو سنة .. أن الاستصناع جائز كما في كتب الشافعية (٢٧) وهو المنقول في كتبهم .. فقد قال : المنقول في كتب الشافعية أن منع هذه الصورة إنما يكون فيما لا ينضبط مقصودة بأن يجمع اجناسا مقصودة لا يعلم مقدار كل واحد منها كالخفاف والثياب المصبوغة والغالية .. بخلاف ما انضبط مقصوده .. بأن كان من جنس واحد أو من جنسين معلوم مقدار كل منهما .... وهم أولى بنقل مذهبهم » .

ولا أدري كيف بنى أبو سنة رأيه على جواز الاستصناع عند الشافعية بهذه العجالة مع أنه رجع في كلامه الى مصدرين من مصادر الشافعية وهما : المذهب والمحلى وكلاهما لم يذكرنا هذا الرأي .. سوى أن . صاحب المذهب والمحلى جوزا السلم بالصناعات .. بشرط ضبط الصفة على ما ذكرناه سابقا .. ولكن لم يذكرنا جواز الاستصناع .

ولكن يمكن أن يكون فهم أبى سنة هذا كفهما من أن تجوزهم للسلم بالصناعات بشرط ضبط الصفة .. يفهم منه الجواز لطلب الصنعة الذى هو الاستصناع لغة .

ولكن تجوزهم للسلم بالصناعات بلا شك فيه فرق كبير بينه وبين الاستصناع موضوع رسالتى .. فالاستصناع الذى أدرسه هو ذلك العقد المستقل .. لذا أردت التنويه إذ أن دراسة السلم له مكان في كتب الفروع لمن أراد دراسته .

## \* الفرع الثالث :

### \* حكم الاستصناع عند الحنابلة :

#### تمهيد :

في هذا الموجز الذى سنذكره نزيد بيان حكم الاستصناع عند الحنابلة بعد أن ذكرنا حكمه عند المالكية والشافعية .

---

(٢٧) نظرية العرف والعادة لأحمد فهمى أبو سنة ص ١٣٢ .  
وأحمد فهمى أبو سنة من المعاصرين وهو الآن أستاذ في الدراسات العليا بجامعة الملك عبد العزيز .

فالحنابلة .. لم يفردوا للاستصناع بابا مستقلا كما فعل الحنفية .. وكذلك لم يتكلموا عنه في السلم كما فعل المالكية الذين شبهوه بالسلم أو كما فعل الشافعية في ادراج مع مسائل السلم بل ذكروا السلم في الصناعات . ولهذا اتكلم عن ذلك فيما يلي :-

### السلم في الصناعات عند الحنابلة :

تكلم الحنابلة عن السلم بالصناعات كغيرهم من الفقهاء .. فالحنابلة يجوزون السلم في كل ما يوزن ويكال مما يضبط بالصفة التي تختلف الاثمان باختلافها (٢٨) ..

غفى مسألة بيع المذروع من الثياب والخيوط والثوب المختلف الغزول كقطن وابريسم .. أو قطن وكتان .. فانه يجوز بيعها من طلب الصنعة .. بشرط ضبطها (٢٩) وذلك بأن يقول السدى « ابريسم » ، واللحمة « كتان » (٣٠) ونحوه .. وهذا ما هو واقع في تعامل الناس الآن .. من أن تكون الثياب المطلوب صنعها محددة النوع فيقال في ورقة البيع لكل سلعة مثلا ٦٥٪ قطن ، ٣٥٪ حرير .

### نوع الأموال المصنوعة :

لم يقيد الحنابلة في السلم بالصناعات نوعا معينا في التعامل بها .. بل اطلقوا الجواز .. لكن بشروط السلم المعروفة .

فالكاغد والآواني والثياب وغير ذلك أوردتها الحنابلة حسب ما هو متعامل في تلك العصور .. فهم كالمالكية والشافعية والحنفية في الاطلاق هذا ..

### صورة أخرى للاستصناع عند الحنابلة :

أردنا بهذا .. أن نعطي صورة لما أرادوه في المنع ليتضح الأمر أكثر .. فقد جاء في مخطوطة الأزهر لكتاب الفروع والمجودة في مكتبته الأزهر .. تعليق لأحدهم على هذه الصورة فقال (٣١) : « استصناع

(٢٨) المغنى مع الشرح الكبير ٣٥٦/٤ .

(٢٩) كشاف القناع ٣٧٧/٣ .

(٣٠) المغنى والشرح الكبير ٣٦٦/٤ .

(٣١) الفروع لابن مفلح ٢٣/٢ .

سلعة» يعنى : أن يشتري منه سلعة ويطلب منه أن يصنعها له .. «ووضح ذلك بصورة ما اذا اشترى منه ثوبا ليس عنده وإنما يصنعه له بعد العقد .. فهذا باع ما ليس عنده » .

هذا كل ما نقل لنا من رأى الحنابلة فى الاستصناع .. فيكون حكمه إذن عند الحنابلة هو : « المنع » .

**والعلة فى المنع :** هى انه على غير وجه السلم والتى بينها الحنفية بأنها « عدم ضرب الأجل فى الاستصناع » .. فان صح ما قلناه عن العلة فى المنع يكون بالمفهوم أن الاستصناع جائز أن ضرب الأجل .

وسياتى بيان ضرب الأجل أو عدمه عند الحنفية — أن شاء الله — فيتضح الأمر أكثر .

**جاء فى الإنصاف (٢٢) ..** لا يصح استصناع سعة لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم ..

**وجاء فى كشف القناع (٢٣) :** لا يصح استصناع سعة بأن يبيعه سلعة يصنعها له لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم .. وهو قول القاضى وأصحابه (٢٤) .

#### ✽ الفرع الرابع :

#### ✽ خلاصة رأى اصحاب الاتجاه الثانى فى الاستصناع :

مما سبق تبين لنا أن عقد الاستصناع كعقد مستقل لم تهتم به المذاهب الثلاثة ذلك الاهتمام الذى أولاه اياه الحنفية فيما ظهر لى وأطلعت عليه .  
**فالمالكية :** شبهوا مسائل الاستصناع بمسائل السلم ، وأعطوه حكم السلم .

**أما الشافعية :** فقد منعه عندهم أمامهم الشافعى نقلا عن كتب الحنفية بدون تعقيب ، وقيد المنع فى كتاب الأم .. غيما اذا كان الصنع يؤدى الى الجهالة المفضية الى المنازعة .. والا فهو جائز ان استطعنا ضبط الصفات من جميع الوجوه .

(٢٢) الإنصاف للمرداوى ٣٠٠/٤ .

(٢٣) كشف القناع للبهوتى ١٥٤/٣ ، انظر الفروع لابن مفلح ٢٣/٢ .

(٢٤) نفس المصدر السابق .

ح  
د  
ه  
ي  
ل  
—  
ن  
ه  
ب  
•  
ن  
ة  
ن  
ت

اما اصحاب الشافعي ومن جاء بعدهم .. فقد ساروا على ما سار  
عليه اصحاب المذاهب الاسلامية الاربعة على جواز السلم بالصناعات  
بشروطها عندهم .. لكنهم لم يتعرضوا للاستصناع لا بالجواز ولا بال منع .

واما الحنابلة : فخذ منع الاستصناع عندهم كما نقل لنا في بعض كتب  
المذهب لكنهم اجازوا السلم بالصناعات بشروطها المذكورة عندهم .

فجميع اصحاب هذا الاتجاه متفقون في رأيهم في السلم بالصناعات ..  
ودراستنا للسلم .. ستكون مختصرة ، وذلك اتماها للبحث .. وان كان  
مقصودي هو البحث في العقد المسمى صراحة بعقد الاستصناع .. لكن  
هذا لا يمنع من ان اكتب في السلم بالصناعات وشروطها بصورة مختصرة .

### ✽ البحث الثاني :

### ✽ حكم السلم بالصناعات عند اصحاب الاتجاه الثاني :

#### ✽ الفرع الاول : مشروعية السلم :

ان اصحاب الاتجاه الثاني ( المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ) كما  
ذكرنا يرون ان الاستصناع يندرج تحت مسائل السلم بالصناعات .. فلا بد  
من بيان مشروعيته عندهم .. لذا جئت بهذا المختصر عن مشروعيته  
عندهم .. ودليل المشروعية شروط السلم بعد ذلك .. فأقول : أجمع  
العلماء جميعا على مشروعية السلم .. وقد ثبتت مشروعيته بالكتاب  
والسنة والاجماع .

#### الفرع الثاني : أدلة المشروعية :

استدل الجمهور على مشروعية السلم بالكتاب والسنة والاجماع :

الكتاب : فمن الكتاب استدل الجمهور بآية : ( يا ايها الذين آمنوا اذا  
تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه ) (٣٥) .. قال الطبري : في تفسير  
هذه الآية حسب ما نقل عن ابن عباس — رضى الله عنه — فقد قال ابن  
عباس « أشهد ان السلف مضمون الى اجل مسمى .. وان الله احله واذن  
فيه ثم قرأ الآية المذكورة أعلاه » (٣٦) ..

(٣٥) البقرة / ٢٨٢ .

(٣٦) جامع البيان للطبري ١١٦/٣ - ١١٧ .

### وجه الدلالة :

أن السلم نوع من البيوع المباحة الى أجل غشملته الآية بعمومها ..  
وان لفظ الدين الى أجل مسمى يصلح للسلم ويصح إطلاقه عليه .. وبما  
أن السلم بيع فقوله تعالى : ( وأحل الله البيع ) ( ٢٧ ) .. تدل على إباحة  
السلم لأنه بيع .

### السنة :

ومن السنة .. استدلل الجمهور بعدة أحاديث عن الرسول صلى الله  
عليه وسلم ومن ذلك ما روى عن ابن عباس — رضى الله عنهما — قال :  
« قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة  
والسنتين .. فقال : من أسلف غليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى  
أجل معلوم » ( ٢٨ ) ..

### وجه الدلالة :

يستدل من هذا الحديث .. على أن الرسول صلى الله عليه وسلم  
أقر أهل المدينة لما رأهم يسلفون في الثمار .. ولو كان غير مشروع لما  
أقرهم عليه ولنهاهم عنه وبين لهم الصحيح في التعامل بها .

### الاجماع :

اما الاجماع فقد انعقد على مشروعية السلم .. فقد قال ابن رشد ( ٢٩ )  
« أجمع العلماء على جواز السلم في كل ما يكال ويوزن » .

### الفرع الثالث : حكمة المشروعية :

اما حكمة مشروعية عقد السلم فهي تيسير أمور الناس في معاملاتهم  
وذلك لكون بعض الناس يرى أنه محتاج للشيء وهو معذوم .. وعند غيره  
ما يريد .. ولكن ليس لديه المال الذي يدفعه عوضا عنه .. فيأخذ  
منه الشيء المراد على أن يسلمه ما اتفقا عليه في الأوصاف المتفق عليها  
بينهما .. وفي الزمن المحدد وهذا تيسير ما بعده تيسير .

**تنبيه :** ما ذكرناه من دليل وحكمة تشريع بالنسبة للاستصناع باعتباره  
سلما قد أطلقنا فيه الرأي عن المالكية على أنه سلم .. لكننا قد أبنا سابقا  
أن هناك اتجاه ذكره من المالكية الدردير ، والدسوقي في مسألة

( ٢٧ ) البقرة / ٢٧٥ .

( ٢٨ ) رواه الجماعة / منتهى الأخبار مع نيل الاوطار ٢٥٥/٥

( ٢٩ ) بداية المجتهد لابن رشد ٩٨/٢ ، انظر المذهب للشيرازي ٢٩٦/١ .



الشروع في الصنع فيمن رأى شيئاً لم يتم صنعه . . وطلب شراءه مع اتمام صنعه . . وأن هذا جائز عند المالكية بشرط أن تكون المادة الخام تكفى للصنع لو حدث نقص ولم يرض به المستصنع . . وأن تكون المدة التي ينتهى فيها صنع الشيء المباع مدة قليلة . . فإن هذا جائز وهو بيع .

ولهذا كان لابد أن ننبه على أنه بناء على هذا الرأي يكون دليل مشروعية لهذا العقد عند من رأى جوازه من المالكية في هذه الحالة . . هو الدليل الذى قام به على جواز البيع من كتاب وسنة وإجماع ومعقول . فهو لم يخرج عن كونه بيعاً عاماً غير مقيد . وأن الحكمة في تشريعه تلتبس من موقف الشارع الكريم في التيسير على الناس ، ودفع الحرج عنهم ، وأن شروطه العامة هي شروط البيع .

#### الفرع الرابع : الشروط الخاصة بالسلم :

بعد ذكرنا لحكم السلم عند الفقهاء ومعرفتنا بأنه مشروع عندهم بالأدلة الواضحة وبيننا حكمة المشروعية . نريد هنا بيان شروط السلم الخاصة . اذ أننا نعرف بأن للسلم شروطاً عامة هي شروط البيع . وقد تكلمنا عنها في المبحث الخاص للشروط العامة . وهنا نذكر شروط السلم الخاصة بصورة مختصرة اكمالاً للمبحث واتماماً للفائدة .

وشروط السلم عند الفقهاء منها ما هو مجمع عليه ومنها ما هو مختلف فيه . فعلى هذا يكون بحثنا على قسمين :

#### القسم الأول : الشروط المتفق عليها عند الفقهاء :

#### القسم الثانى : الشروط المختلف فيها بين الفقهاء :

واليك بيان هذين القسمين :

**القسم الأول :** أجمع جمهور الفقهاء على شروط ثلاثة خاصة بالسلم . وهى ما يلى :

**الشرط الأول :** أن يكون المسلم والمسلم فيه مما يجوز فيه النساء (٤٠) . . فيشترط في المسلم والمسلم فيه أن يكونا مما يجوز فيهما النساء وذلك

(٤٠) انظر الاختيار ٣٤/٢ وبها بعدها ، بداية المجتهد ٢/٢٠٢ ، شرح المنهاج للمحلى ٣٤٠/١ ، المغنى ٣٨٤/٤ .

أما باتفاق المنافع على ما يراه مالك (٤١) .. وأما بالكيل أو الوزن مع الجنس عند الحنفية (٤٢) وأما اعتبار الطعم مع الجنس عند الشافعي (٤٣) .. وأما اعتبار الوزن والجنس في الذهب والفضة ، والكيل والجنس في الأعيان الأربعة عند الحنابلة (٤٤) ..

وسبب اشتراط هذا لأن السلم من شرطه النساء والتأجيل (٤٥) ..  
**الشرط الثاني : أن يكون المسلم فيه موجودا عند حلول الأجل** أو بعبارة أخرى أن يكون عام الوجود (٤٦) في محله وذلك لأنه إذا كان كذلك أمكن تسليمه عند وجوب التسليم ، وإذا لم يكن عام الوجود لم يكن موجودا عند المحل بحكم الظاهر . فلم يمكن تسليمه ، ولم يصح بيعه كبيع الآبق . بل أولى . فإن السلم احتل فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يحتل فيه غرر آخر لئلا يكثر الغرر فيه فلا يجوز مثلا السلم في العنب الى وقت لا يكون عادة موجودا فيه (٤٧) .. ويرى الشافعي أن معنى هذا الشرط أن يكون مقدورا على تسليمه عند الحلول (٤٨) ..

### **الشرط الثالث : أن يكون الثمن غير مؤجل أجلا بعيدا (٤٩) ..**

يشترط الفقهاء في السلم أن يكون الثمن « رأس المال » غير مؤجل أجلا بعيدا .

ويعنى هذا أن يقبض رأس المال في مجلس العقد . فإن تفرقا قبل ذلك بطل العقد ، وبه قال الحنابلة وأبى حنيفة والشافعي لئلا يكون من قبيل بيع الكالئ بالكالئ وقال مالك : يجوز أن يتأخر قبض الثمن يومين

---

(٤١) بداية المجتهد ١٢٩/٢

(٤٢) الاختيار ٣٠/٢ .

(٤٣) شرح المنهاج ٢٩٨/١

(٤٤) المغنى ١٤٢/٤ - ١٤٣ .

(٤٥) انظر المغنى ٣٨٤/٤

(٤٦) انظر الاختيار ٢٤/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد ٢٠٣.٢٠٢/٢ ، شرح المنهاج

٣٧٧/٤ ، المغنى ٣٤٢ ، ٣٤١/١ .

(٤٧) انظر المغنى ٣٧٧/٤ .

(٤٨) انظر شرح المنهاج ٣٤١/١ ، ٣٤٢ .

(٤٩) انظر الاختيار ٣٦/٢ ، بداية المجتهد ٢٠٢/٢ ، ٢٠٣ ، شرح المنهاج ٣٣٩/١ ،

المغنى ٣٣٩/٤ .

وثلاثة وأكثر مالم يكن ذلك شرطا . لأنه معاوضة لا يخرج بتأخير قبضه من أن يكون سلما فأشبهه مالم تأخر الى آخر المجلس .

#### الشرط الرابع : أن يكون المسلم فيه مقدرا بالكيل او بالوزن او بالعدد

ان كان مماثله ذلك او بالصفة ان كان مماثله ذلك (٥٠) . . وهذا الشرط يراد به معرفة المقدار المسلم فيه بالكيل ان كان مكيلا ، وبالوزن ان كان موزونا وبالعدد ان كان معدودا لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلف غليسلف في كيل المعلوم ووزن المعلوم الى أجل معلوم » ولأنه عوض غير مشاهد يثبت في الذمة فاشتراط معرفة قدره كالثلث .

#### القسم الثاني : الشروط المختلف فيها وهي كالآتي :

أولا : الأجل : اختلف الفقهاء في الأجل هل هو شرط في السلم أم لا ؟ فأبو حنيفة : يرى أنه شرط صحة (٥١) . . لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « الى أجل معلوم » وروى عن مالك . روايتان : الأولى : على أن الأجل شرط في السلم . وفي الثانية : جواز السلم حالا . .

وأدلتهم في هذا حديث ابن عباس المشهور في السلم السابق الذكر « من أسلف غليسلف . . . الحديث » . وهناك دليل عقلي مفاده : ان لم يشترط الأجل كان من بيع مالم يس عند الانسان المنهى عنه . وعند الحنابلة : لا يصح السلم حالا (٥٢) . . واما الشافعي : (٥٣) . . فيجوز السلم عنده حالا ومؤجلا . وسبب هذا أنه اذا جاز السلم مع الأجل فهو حالا أجوز لأنه أقل غررا .

ثانيا . وجود جنس المسلم فيه في حال العقد : فلا يصح عند الحنفية (٥٤) السلم في المنقطع أي لابد من وجود المسلم فيه من وقت العقد الى وقت المحل . . لأن القدرة على التسليم انما تكون بالقدرة على الاكتساب . . أما جمهور الفقهاء : فلا يشترطون هذا ( ٥٥ ) . . وقالوا : يجوز السلم في غير وقت إبرائه .

---

(٥٠) انظر الاختيار ٣٤/٢ - ٣٥ ، بداية المجتهد ٢/٢٠٢ - ٢٠٣ ، شرح المنهاج

٣٣٩/١ ، المغنى ٤/٣٦٩ .

(٥١) الاختيار ٢/٣٥ .

(٥٢) المغنى ٤/٣٧٢ - ٣٧٣ .

(٥٣) شرح المنهاج ١/٢٤١ .

(٥٤) الاختيار ٢/٣٧٢ .

(٥٥) بداية المجتهد ٢/٢٠٤ .

ثالثا : مكان القبض : يشترط عند أبى حنيفة بيان مكان قبض المسلم فيه (٥٦) .. ولم يشترط عند غيره وهم الجمهور .. وقال القاضى المالكي أبو محمد : الأغضل اشتراطه ، وقيل ليس يحتاج الى ذلك (٥٧) ..

رابعا : أن يكون الثمن مقدرا : مكيلا أو موزونا أو معدودا أو مذكوعا لاجزافا :

اشترط أبو حنيفة بيان قدر رأس المال .. وقال صاحبان : يكتفى بالإشارة لأنه يصير معلوما بها .. وصار كالثوب اذا كان رأس المال (٥٨) .. واذا كان الثمن معيناً فقد قال القاضى أبو يعلى الحنبلى ، وأبو الخطاب : يشترط ذلك لأن أحمد — رحمه الله — قال : يقول أسلمت اليك كذا وكذا درهما ونصف الثمن فاعتبر ضبط صفته .. وهذا قول مالك أيضا (٥٩) ..

\* \* \*

---

(٥٦) الاختيار ٣٤/٢ انظر المغنى ٣٤١/١  
(٥٧) بداية المجتهد ٢٠٤/٢ ، ويشترط ذلك ان كان فيه مؤنة انظر شرح المنهاج ٣٤١/١  
(٥٨) الاختيار ٣٥/٢ .  
(٥٩) الشرح الكبير مع المغنى ٣٨٢/٤ .

## الفصل الثالث : حكم الاستصناع عند المذاهب الأخرى

### \* المبحث الأول : الظاهرية :

لم أجد في كتب الظاهرية شيئاً اسمه استصناع لامن قرئت ولا من بعيد فيما اطلعت عليه .. الا انى يمكن أن أقول بأن الاستصناع غير جائز عند الظاهرية لما يلي :

١ — بحكم « القاعدة العامة التى يسرون عليها وهى » أن الأصل فى العقود والشروط الحظر .. الا ماورد نص باباحته (١) ..

٢ — أو أنهم لا يأخذون بالقياس كدليل يستدل فيه بجواز عقد أو عدم جوازه فكيف يأخذون بالاستحسان (٢) الذى ثبت به الاستصناع ..

### \* المبحث الثانى : الشيعة الجعفرية :

لم أجد نصاً واحداً عن رأيهم فى الاستصناع عند قراعتى لكتبهم الموجودة تحت أيدينا .. سوى أن الموسوعة الفقهية (٣) أوردت لنا رأى الجعفرية منقولاً عن كتاب الخلاف للطوسى (٤) فقالت « وذهب الشيعة الجعفرية الى عدم جواز الاستصناع » .

\* \* \*

---

(١) انظر ما بحث فى مدى حرية المكلف فى انشاء العقود فى هذه الرسالة صفحة (١٢)  
(٢) انظر ما جاء فى مناهج الاجتهاد لسلام مذكور ص ٧٠٠ .. حيث ورد أن داود الظاهري لاحظ على الشافعى أنه يأخذ فى بعض الأحكام بالقياس .. واعتبره مصدراً لاستنباط الأحكام .. فخرج على مذهب الشافعى بعد أن أخذ منه  
قال داود : أخذت أدلة الشافعى فى إبطال الاستحسان فوجدتها تبطل القياس ..  
انظر ملخص إبطال القياس .. والرأى والاستحسان والتدليل والتعليل لابن حزم ص ٤ .

(٣) موسوعة عبد المناصر الفتية ٩٥/٧ .

(٤) الخلاص للطوسى ٥٩٩/١ نقلاً عن الموسوعة ن . م .

## الفصل الرابع : حكم الاستصناع في النظام الوضعى

لما كان عقد الاستصناع يندرج فى عقد المقاولة كما سبق بيـنه — ان شاء الله — عند الكلام عن تكييف الاستصناع ، وانه عقد مستقل عند دافيد . . والمعروف فى النظم الوضعية ان عقد المقاولة عقد يرد على العمل (٥) . . وعقد العمل : من العقود الثلاثة الداخلة بالحقوق الشخصية . . فالتزام فى الحقوق الشخصية اما هو التزام باعطاء او التزام بعمل . . او التزام بامتناع عن العمل .

وحكم عقد المقاولة فى النظام الوضعى عقد ملزم للجانبين . . وهو من عقود المعاوضة . . فهو جائز وملزم فى آن واحد .

جاء فى الوسيط (٦) . . « عقد المقاولة عقد رضائى لا يشترط فى انعقاده شكل معين . . وهو عقد ملزم للجانبين . . وهو من عقود المعاوضة » . وهو بهذا . . يتفق مع الفقه الحنفى فى جواز هذا العقد . . الا ان الحنفية عدوه عقدا مستقلا . . والمدنى المصرى : عدّه عقدا داخلا ضمن عقد المقاولة وسار دافيد فى رسالته على رأى الفقه الحنفى .



---

(٥) الوسيط للسنهورى ٧/٧ .

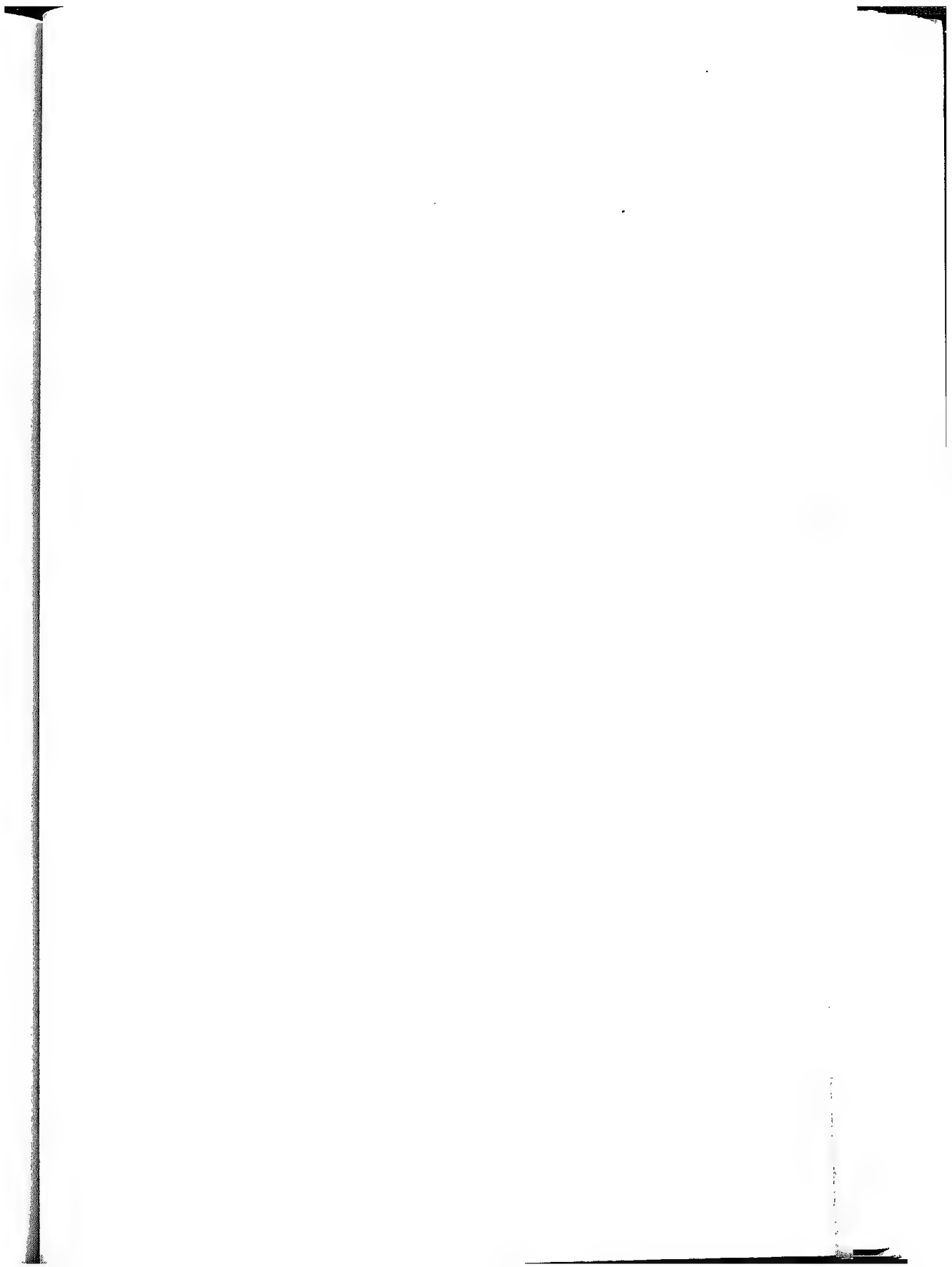
(٦) نفس المصدر السابق ٦/٧

## الباب الثالث تكييف عقد الاستصناع

\* \* \*

الفصل الأول: تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول.

الفصل الثاني: تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب النظام الوضعي.





## \* الباب الثالث

### \* تكييف عقد الاستصناع :

#### الفصل الأول : تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول

##### تمهيد :

عقد الاستصناع عقد من عقود البيع (١) بلا خلاف كما أن السلم عقد من عقود البيع إلا أن السلم عقد مستقل يأخذ شروط العقد العامة إضافة للشروط الخاصة به .

لكن هل الاستصناع عند الحنفية هو عقد مستقل من كل جوانبه كبقية العقود الأخرى ؟ .. كالسلم مثلا .. وهذا ماسنفضله — ان شاء الله — فيما بعد .

#### المبحث الأول : جملة الآراء حول تكييف عقد الاستصناع عند الحنفية :

بالتدقيق نجد أن تكييف عقد الاستصناع مختلف فيه عند فقهاء الحنفية أنفسهم فمنهم من يرى أن الاستصناع عقد بيع .. إلا أنه فقد بعض مستلزمات البيع (٢) ، وأخذ شبها بالاجارة (٣) فهو بيع المطلوب صنعه عند رؤيته بعد اتهام صنعه .

والبعض الآخر .. عده اجاره محضة .. وكيفه البعض الآخر على أنه اجارة ابتداء بيع انتهاء .. فعلى أى الطرق والسبل سنسير في ترتيب الحكم فيها لو حصل نزاع أو خلاف حول هذا التعاقد بين الطرفين . هذا ماسنبينه — ان شاء الله تعالى — فيما يلي من الآراء .

#### الفرع الأول : الاستصناع بيع :

يرى بعض فقهاء الحنفية أن الاستصناع بيع .. وأصحاب هذا الرأي يرونه بيعا بمعنى أنه نوع من البيع لكن ليس على إطلاقه .

(١) انظر فتح القدير لابن الهمام ٣٥٥/٥ وما بعدها ، البدائع ٢٦٧٩/٦ . المعاملات

الضرورية — محمد عارف الجويجاني ٨١/١ .

(٢) انظر فتح القدير ٣٥٥/٥ .

(٣) نفس المصدر السابق .

قال السرخسى (٤) : اعلم بأن البيوع أربعة : بيع عين بثمن .. وبيع دين فى الذمة بثمن وهو السلم .. وبيع عمل العين غيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما .. فالمعقود عليه الوصف الذى يحدث فى المحل بعمل العامل .. والعين هو الصبغ بيع غيه ..

وبيع عين شرط غيه العمل .. وهو الاستصناع ، فالمستصنع غيه مبيع عين ..

فهذا الأخير .. عده السرخسى بيعا .. الا انه ليس على اطلاقه بدليل أن السرخسى وغيره كما سنبينه غيا بعد .. ذكروا أن للاستصناع شبيها بالاجارة فأخرجوه عن البيع المطلق .. وكذلك فإن السرخسى ساوى بين السلم والاستصناع فى كونه بيع ومن هذه المساواة يستدل على أنه لا يريد به البيع المطلق .. فالسلم بيع الا ان له اسم مستقل وشروط خاصة به غير الشروط العامة .. وكذلك الاجارة على العمل ليست ببيع على الإطلاق .

وفى البدائع (٥) . وعند الكلام عن الاستصناع قال : هو بيع لكن للمشتري خيار الرؤية .

### **الأمور التى خالف فيها الاستصناع البيع المطلق :**

ذكر فقهاء الحنفية شيئين مهمين خالف الاستصناع فيها البيع المطلق وهما :

#### **أولا : اثبات الرؤية فى الاستصناع (٦) :**

فخيار الرؤية لا يثبت فى البيع على اطلاقه .. بل لابد من شروط لاثبات هذا الخيار سنورها فى موضعها — ان شاء الله — .. أما الاستصناع فإنه يثبت غيه خيار الرؤية على اطلاقه بدون شرط .

#### **ثانيا : اشتراط العمل فى الاستصناع (٧) :**

والمعروف ان البيع لا يشترط فيه العمل .. ان تم على أنه بيع مطلق .. ولهذا خالف الاستصناع الذى هو بيع يشترط فيه الصنع .

(٤) المبسوط للسرخسى ٨٤/١٥ وما بعدها .

(٥) ٢٦٧٧/٦ .

(٦) انظر المبسوط ٨٥/١٥ ، البدائع ٢٦٧٧/٦ .

(٧) المبسوط ٨٥/١٥ .

### رأى صاحب العناية :

أما صاحب العناية .. فقد عده بيعا محضا (٨) ، ومعناه في الظاهر أنه يريد به البيع المطلق الذي لا يفقد شيئا من مستلزماته ..

### رأينا :

أما الذي أراه فإن كلام صاحب العناية عن الاستصناع بأنه بيع محض لا يمنع من أن يكون الاستصناع قد فقد شيئا من مستلزماته البيع المطلق .. إلا أن صاحب العناية لم يذكرها لأنها مذكورة في أغلب الأحوال عند الكلام عن تعريف الاستصناع فلا حاجة لتكرارها .. فهو في النهاية يتفق مع رأى الكاسانى والسرخسى السابق الذكر .

### رأى المخالفين في كون الاستصناع بيعا :

عورض الرأى السابق القائل بأن الاستصناع بيع .. بعدة اعتراضات نوردتها فيما يلى :

الأول : (٩) لو كان الاستصناع بيعا لما بطل بموت أحد المتعاقدين ، كما تقولون لكنه يبطل بموت أحدهما ..

الجواب : أجيب عن هذا الاعتراض بأن للاستصناع (١٠) شبهة بالاجارة من جهة واحدة وهى أن فى الاستصناع طلب الصنع وهو العمل .. فأشبهه الاجارة .. وكذلك للاستصناع شبهة بالبيع من حيث أن المقصود من الاستصناع العين المستمنع .

فلشبهه بالاجارة .. قلنا يبطل بموت أحدهما .. ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه القياس والاستحسان .. وكذلك أثبتنا خيار الرؤية .. ولم نوجب تعجيل الثمن فى مجلس العقد كما فى البيع المطلق .

ثانيا : واعترض أيضا (١١) بأن اعتبار الاستصناع بيعا مخالفة لامر الشارع .. لأن الاستصناع بيع للمعدوم .. وبيع المعدوم لا يجوز شرعا .

(٨) العناية مع فتح القدير ٣٥٥/٥

(٩) نفس المصدر السابق .

(١٠) نفس المصدر السابق .. ابن مابدين فى حاشيته ٢٢٤/٥

(١١) نفس المصدر السابق .

الجواب : وأجيب عن هذا الاعتراض (١٢) بأن المعدوم قد يعتبر موجودا  
حكما في الأمور التالية :

١ — في التذكية : فان الناسى للتسمية عند الذبح .. تعتبر التسمية  
موجودة لعذر النسيان مع انها معدومة حقيقة .

٢ — الطهارة للمستحاضة : فان الطهارة للمستحاضة جعلت  
موجودة لعذر جواز الصلوات .. لثلا تتضاعف الواجبات .. فكذا  
المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل .

ثالثا : اعترض أيضا (١٣) على أصحاب الرأي القائل بأنه بيع .. بأن  
الاستصناع انما يصح اعتباره بيعا في حالة كون المعقود عليه هو العين  
المستصنع .. وعندنا في الاستصناع يكون المعقود عليه هو الصنع  
« العمل » لا العين .

الجواب : وأجيب (١٤) عن هذا الاعتراض : بأن المعقود عليه هو العين  
لا العمل فلو أن الصانع جاء بالمستصنع فيه مفروغا وذلك بأن صنعه  
شخص آخر غيره .. ولم يكن من صنعته .. أو من صنعته لكن قد صنعه  
قبل العقد لابعده .. واخذه المستصنع لموافاته للشرط المطلوبة جاز .

### الفرع الثاني : الاستصناع اجارة محضة :

بعد ان بينا أن الاستصناع عقد بيع له صفة خاصة تميز بها عن البيع  
المطلق نرد في كلمات على الرأي القائل .. بأن الاستصناع عقد اجارة .  
فقد ورد هذا القول في معرض بيان صاحب العناية لحقيقة عقد  
الاستصناع اذ ورد فيه .. أن بعضهم يرى أن الاستصناع «اجارة  
محضة» (١٥) .. وأنهم استدلوا لهذا القول بشبه لاتصل الى مرتبة الدليل ..  
فقد ربطوا بين الاستصناع وبين فعل الصباغ .

فان فعل الصباغ .. هو : الصبغ « العمل » في العين بصبغها .. وان  
ذلك هو نظير الاستصناع وان عمل الصباغ اجارة محضة .

(١٢) انظر العناية مع فتح التدبير ٣٥٥/٥

(١٣) نفس المصدر السابق .

(١٤) نفس المصدر السابق .

(١٥) نفس المصدر السابق . ٣٥٦/٥ .

هذه هي الشبهة التي حدث ببعض الحنفية الى القول بأن الاستصناع اجارة محضة .

الرد : وقد رد هذه الشبهة صاحب العناية (١٦) فقال : ان هناك فرقا بين الاستئجار على الصبغ وبين الاستصناع .. فعمل الصباغ محله العين وهو الصبغ .. أما الاستصناع فليس كذلك .. فافترقا .

فلا يقاس الاستصناع على استئجار الصباغ لصبغ الثوب .. فهذا قياس مع الفارق ووجه الفرق كما ذكرنا .. هو أن الصبغ « أى عمل الصباغ » أصل والصبغ « أى المادة الخام » آتته .. فكان المقصود فيه العمل .. وذلك اجارة وردت على العمل فى عين يملكها المستأجر .. أما هاهنا فى الاستصناع فالأصل فيه هو العين المستصنع الملوكة للصانع فيكون ما حدث بين الصانع والمستصنع هو بيع .. ولما لم يكن للبيع وجود من حيث وصفة الا بالعمل .. فأشبهه العقد هنا الاجارة فى حكم واحد لاغير ..

ولذلك .. افترق عمل الأجير عن الاستصناع .. وهناك فروق أخرى تميز الاجارة عن الاستصناع نذكر منها مايلي (١٧) :

فى اجارة الصانع للعمل : يعتبر الصانع من قبيل الأجير المشترك .. وأنه استؤجر للاستفادة والانتفاع بصنعتة فهو يقدم عملا لا عينا .. وأما الاستصناع فان الصانع يقدم فيه مادة وعملا بها .. ولهذا لو تعاقدا على أن تكون العين من صاحب العمل والعمل من الصانع كان العقد عقد اجارة لا استصناع .

وان دفع اليه بعض الممول وأمره أن يزيده من عنده ما بقى لاتمامه .. فهذا جائز ويكون قرضا .. ولو أمره أن يزيده اليه شيئا مجهولا .. فان العقد لا يصح .. الا اذا كان ما أمره بزيادته — وأن كان مجهولا — من الأمور المعلومة عند الصانع فانه يصح .

وذلك كأن يدفع للصانع ثوبا ليصبغه بعصفر .. فهذا يجوز مع أن قدر العصفر غير معلوم . وكل ذلك يختلف باختلاف العرف فى كل بلد .

(١٦) العناية ٣٥٦/٥

(١٧) انظر بحث الاجارة المقدم للموسومة الفقهية فى الكويت مؤلفه : مصطفى كمال

وصلى والمطبوع على الآلة الكاتبة مقرة / ٣٧٢ .

## الإجارة على الصنع تختلف عن الاستصناع :

قبل بيان الفرق بين الإجارة والاستصناع لابد من كلمة تعريفية للإجارة على الصنع : فقد جاء في المبسوط أن الاستئجار للصناعة هو (١٨) : بيع عمل العين فيه تبع .

فرق السرخسي بين الاستصناع والاستئجار للصناعة فقال (١٩) : إذا أسلم حديدا إلى حداد ليصنعه أثناء مسمى بأجر مسمى . . فإنه جائز ولا خيار فيه إذا كان مثل ما مسمى . لأن ثبوت الخيار للفسخ ليعود إليه رأس ماله فيندفع الضرر به وذلك لا يتأتى هنا . فإنه بعد اتصال عمله بالحديد لا وجه لفسخ العقد فيه .

**فأما في الاستصناع :** المعقود عليه العين وفسخ العقد فيه ممكن . . . . .  
فلهذا ثبت خيار الرؤية فيه . . ولأن الحداد هناك « في مثال الحداد المستأجر للصنع » يلتزم العمل بالعقد في ذمته ولا يثبت خيار الرؤية فيما يكون محله الذمة كالمسلم فيه . . . . . »

وفرق الكاساني بين الاستصناع والاستئجار للصنع (٢٠) فقال : أن أسلم إلى حداد حديداً ليعمل له أثناء معلوماً بأجر معلوم أو جلداً إلى خفاف ليعمل له خفاً معلوماً بأجر معلوم . . فذلك جائز لا خيار فيه . . لأن هذا ليس باستصناع . . بل هو استئجار فكان جائزاً . . فإن عمل كما أمر استحق الأجر . . وإن غسده فله أن يضمه حديداً مثله . لأنه لما أغسده فكانه أخذ حديداً واتخذ منه آنية من غير إذنه . . والثناء للصانع . . لأن المضمونات تملك بالضممان .

فهذه تختلف الإجارة فيها على الصناعة عن الاستصناع اختلافاً بائناً . . ولو شابه الإجارة من جهة كون العقد يبطل بموت أحد العاقدين مثلاً .

## الفرع الثالث :

### الاستصناع إجارة ابتداء بيع انتهاء :

يرى بعض فقهاء الحنفية بأن الاستصناع إجارة ابتداء بيع انتهاء . .

(١٨) المبسوط ٨٤/١٥ .

(١٩) نفس المصدر السابق ٨٥/١٥ .

(٢٠) البدائع ٢٦٢٨/٦ .

جاء في فتح القدير نقلا عن النخبة (٢١) : الاستصناع اجارة ابتداء ببيع انتهاء  
لكن قبل التسليم لا عند التسليم .

لاجارة على  
بيع عمل

بدليل انهم قالوا : اذا مات الصانع يبطل (٢٢) ، ولا يستوفى المصنوع من  
تركته ذكره محمد في كتاب البيوع . .

### تساؤل :

(١٩) : اذا  
اثر ولاخير  
رأس ماله  
ديد لا وجه

فان قيل لو انعقد الاستصناع اجارة اجبر الصانع على العمل  
والمستصنع على اعطاء المسمى !

### الجواب :

واجيب بأنه (٢٣) انما لم يجبر الصانع لانه لا يمكنه الا باتلاف عين له من  
قطع الأديم ونحوه . . والاجارة تفسخ بهذا العذر . . ألا ترى ان المزارع له  
ان لا يعمل اذا كان البذر من جهته . . وكذا رب الأرض . . لانه لا يمكنه  
المضى بهذه الاجارة الا بذلك والمستصنع لو شرط تعجيله لان هذه الاجارة في  
الآخرة كسواء ما لم يره . . ولان جواز الاستصناع للحاجة وهى في الجواز  
لا للزوم . . ولذا قلنا للصانع ان يبيع المصنوع قبل ان يراه المستصنع لان  
العقد غير لازم .

ممكن . .  
المستاجر  
يكون محله

واما بعد ما رآه فالأصح انه لاخير للصانع بل اذا قبله المستصنع بعد  
رؤيته اجبر على دفعه له . . لانه بالآخرة بائع .

قال : ان  
الى خفان  
لان هذا  
كما امر  
افسده  
نع . . لان

### الترجيح :

والذى ظهر لى مما سبق فى مسألة تكيف عقد الاستصناع . . ان  
الاستصناع نوع بيع . . الا انه عقد مستلزمات البيع المطلق والتى كان من  
الواجب أن توجد أن اعتبرناه بيعا مطلقا . . وهذه المستلزمات هى : -

لغا بائنا . .  
مثلا .

(٢١) فتح القدير ٣٥٦/٥ - ٣٥٧ .

(٢٢) ان بطلان عقد الاستصناع بموت أحد الماعدين أرجعه الحنفية الى كون  
الاستصناع له شبه بالاجارة . . فهل الاجارة تبطل بموت أحد الماعدين ؟  
\* اجاب عن هذا . . عبد الوهاب البغدادي فى كتابه : الاشراف على مسائل الخلاف  
٦٦/٢ فقال : لانفسخ الاجارة بموت أحد الماعدين اذا لم يتعذر استيفاء المنافع  
خلالها لابي حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من ترك مالا أو حقا  
لمورثته » .

انتهاء . .

\* وهذه الاجارة متروكة للميت فيجب ان تكون لمورثته وهذا ينشئ النسخ . . ولانه عقد  
مماوضة . . فلم ينسخ بموت أحد الماعدين .

(٢٣) فتح القدير ٣٥٧/٥ .

١ — اثبات خيار الرؤية في العقد .

٢ — اشتراط العمل على الصانع .

٣ — عدم وجوب تعجيل الثمن . . فيجوز في الاستصناع عند الحنفية ان يدفع الثمن مقدما أو يدفع بعض الثمن أو لا يدفع (٢٤) . . وهذا غير موجود ولا معهود في البيع المطلق على رأى الجمهور من الفقهاء . . ولأن الاستصناع لا يلزم فيه تعجيل الثمن . . فيكون الاستصناع عند الحنفية عقدا صحيحا في جميع هذه الحالات « حالة دفع الثمن مقدما ، وغير الدفع » ويجوز أن يكون الأجل لشهر أو اقل على رأى أبى حنيفة ، وأكثر من شهر على رأى صاحبين .

\* وبذلك كان الاستصناع عقدا مستقلا مسمى وهو عقد بيع اسمه « عقد الاستصناع » كما أن السلم عقد بيع اسمه عقد السلم .

يضاف اليه ان للاستصناع شبهة بالاجارة من جهة كون الصنعة « العمل المطلوب » فيه تكون من الصانع . . وان العقد يبطل بموت أحد العاقدين .

\* \* \*

---

(٢٤) انظر مجلة الاحكام المعدية م/٣٩١ ، وانظر شرحها لملى حيدر ١/٣٦٠ — ٣٦١ .



## الفصل الثانى : تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب النظام الوضعى

تمهيد :

سبق أن أوردنا فكرة عامة عن الاستصناع فى النظام الوضعى والتعريف بعقد الاستصناع وحكمه .. وهنا سنتكلم عن تكييفه فى النظام الوضعى .. سواء كان فى المدنى المصرى أم عند فقهاء القانون الوضعى **فأقول :**

**فى المدنى المصرى :** يعتبر عقد الاستصناع داخلا ضمن عقد المعاولة فى القانون المدنى المصرى الجديد .. لأن المعاولة فى القانون المدنى المصرى هى (١) : عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا .. أو .. أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ..

### فالمقاولة فى المدنى المصرى ذات شقين :

**الأول :** أن يتعهد بمقتضى العقد هذا أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا وهذا هو الاستصناع عند الحنفية .. ويؤكد كون هذا الشق من التعريف يراد به الاستصناع ما جاء فى المدنى المصرى (٢) : « ٢ — كما يجوز أن يتعهد الما قول بتقديم العمل والمادة معا .. وهو الذى نقصده من دراستنا للاستصناع اذ لو لم تكن المادة والعمل من الصانع لكان العقد اجارة اذا توفرت احكام الاجارة فيه .

**الثانى :** أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر .. وهذه هى الاجارة فى الفقه الاسلامى (٣) .. ويوضح ذلك ما ورد فى المدنى المصرى (٤) « ١ — يجوز أن يقتصر الما قول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله » .

فالمادة فى هذا الشق أصبحت من المستصنع أو رب العمل كما عبر عنه المدنى المصرى وتدخل ضمن الاجارة على العمل .

(١) ٦٤٦/م

(٢) ٦٤٧/م

(٣) نظرية الضرر للضرير ٤٦٠ .

(٤) ٦٤٧/م

## فقهاء القانون الوضعى :

فى هذه اللحة التى سأوردها أتكم عن رأى فقهاء القانون الوضعى كداغيد فى رسالته عقد الاستصناع (٥) ، ومحمد لبيب شنب فى كتابه (شرح أحكام عقد المقاولة (٦)) ، والسنهورى فى كتابه «الوسيط» .. وكل هؤلاء قد أوردوا رأى فقهاء النظام الوضعى الآخرين دون تنظيم خاص بعقد الاستصناع .. بل فى عقد المقاولة بصورة عامة خلا داغيد .

داغيد : قال داغيد (٧) : « ويمكن أن ندهش أمام شيوخ عقد الاستصناع من عدم وجود تنظيم لهذا العقد فى التقنين المدنى الفرنسى .. فعلى هذا لم يكن التقنين المدنى الفرنسى وهو الذى أخذ منه أغلب واضعى النظم الوضعية فى البلاد المجاورة لفرنسا ..

وعرغه داغيد .. بأنه العقد الذى بمقتضاه يتعهد مقاول بأن يصنع شيئا بالمسادة التى يقدمها ، وأن يسلم هذا الشيء عندما ينتهى فى مقابل ثمن الى من طلبه .. فهنا وجد عنصران رئيسيان فى هذا العقد وهما : العمل ، والمادة .. فعقد الاستصناع عند داغيد له طبيعته الخاصة ويختلف اختلافا كبيرا عن العقود الأخرى .. فهو عقد مستقل (٨) ..

ومع هذا .. فقد أورد آراء فقهاء النظام الوضعى المختلفة حول تكييف عقد الاستصناع لاختلافهم فيه .

السنهورى : نجد السنهورى فى موضوع التمييز بين عقد المقاولة والبيع يورد مايلى (٩) : — يظهر لأول وهلة أن المقاولة تتميز بسهولة عن البيع فهى ترد على العمل والبيع يقع على الملكية .. فالمقاول الذى يتعهد ببناء منزل .. يبرم عقد المقاولة .. أما اذا بنى المنزل لحسابه ثم باعه بعد ذلك .. فالعقد بيع .. ولا شك أن العقد اذا اقتصر المقاول فيه على التعهد بتقديم العمل على أن يقدم رب العمل المسادة التى يستخدمها فيجوز ذلك .. ولكن اذا قدم رب العمل المسادة واقتصر المقاول على العمل يتمحض عقد المقاومة لا شبهة فيه .. وإنما الشبهة تقوم فى الفرض الآخر الذى يتعهد به

(٥) رسالة عقد الاستصناع لداغيد ص ٤ .

(٦) شرح أحكام عقد المقاولة لمحمد لبيب شنب .

(٧) رسالة عقد الاستصناع لداغيد ص ٤ .

(٨) رسالة عقد الاستصناع لداغيد ص ١ ، ٥٨ .

(٩) الوسيط للسنهورى ٢٢/٧

المقاولة بتقديم العمل والمادة معا (١٠) .. فقد يقع أى يتعاقد شخص مع نجار على أن يصنع له مكتبا أو مكتبة ويقدم النجار الخشب من عنده .. فهل يبقى العقد فى هذه الحالة وغيرها . عقد مقاولة أو يكون عقد بيع واقع على شىء مستقبلى هو الأثاث بالنسبة الى النجار .. هذا تساؤل أورده السنهورى وهناك تساؤلات أوردها غيره (١١) .. ونورد فيما يلى أهم الآراء حول تكييف عقد الاستصناع فى النظام الوضعى :

### المبحث الأول :

أثارت مسألة تكييف عقد الاستصناع خلافا كبيرا فى الفقه والقضاء عند أصحاب النظام الوضعى أوردها محمد لبيب شنب عند البحث عن تكييف عقد الاستصناع وأوردها أيضا السنهورى ، وذكرها داغيد فى رسالته .. والآراء هى ما يلى : —

#### الفرع الأول : الاستصناع عقد بيع لشيء مستقبلى (١٢) .

يستدل أصحاب هذا الرأى الى ما يواجهه المتعاقدان عند إبرام العقد فيرون أن العقد عند إبرامه ليس هو العمل المكلف به .. بل هو الشىء المصنوع (١٣) .

ويبدو أن هذا هو الراجح فى القانون الرومانى (١٤) .. كما أن شراح القانون البحرى يرجحون هذا الرأى بالنسبة لعقد بناء السفينة .. وهو يتفق مع وجهة نظر الفقه الإسلامى كما جاءت به كتب المذهب الحنفى .

(١٠) ويسمى العقد بعقد الاستصناع عند داغيد — انظر رسالته ص ٢٢١ .

(١١) أحكام عقد المقاولة — محمد لبيب ص ١٦ .

(١٢) رسالة الاستصناع لداغيد ص ٢٤ .

(١٣) أحكام عقد المقاولة ص ١٧ .

(١٤) جاء فى مدونة جستنيان فى الفقه الرومانى ص ٢٢٠ ترجمة عبد العزيز فهمى أنه اذا افق بيطوس مع أحد الصائقة ظن أن يأتى الصائغ بذهب منه ويصنع له خاتما بوزن مخصوص وشكل معين .. وأن يكون الصائغ فى نظره هذا مبلغ عشرة دنانير مثلا .. فتد جوى التساؤل من هذا الاتفاق « أبيع هو أم أجارة ؟ » وقد ارتأى كاسيوس أن يتضمن عقدين بيما للذهب وأجارة للعسل .. انظر شرح أحكام المقاولة ص ١٧ .

المنافسة : ناقش لبیب شنب هذا الرأى فقال : أن هذا الرأى يعيبه أنه لا ينظر سوى الى أثر واحد من الآثار المترتبة على العقد وهو نقل الملكية للشيء المصنوع ، ويمهل التزام المقاول بصنع هذا الشيء . . حين نجد أن هذا الأخير ليس مجرد التزام تابع وثانوى اذا ما قيس بنقل الملكية . . بل أنه جوهر عقد الاستصناع . . فقيام المقاول بالعمل الذى هو صنع الشيء . . ركن من أركان الاستصناع . . والدليل على ذلك أنه اذا أتى الصانع بشيء كان قد صنعه من قبل العقد غرضى به المستصنع ، فإن ملكية هذا الشيء وان انتقلت اليه . . فذلك لا يكون بمقتضى عقد الاستصناع ، بل بمقتضى عقد آخر (١٥) انعقد بتراضيهما على هذا الشيء . . وغضلا عما تقدم . فإن اعتبار الاستصناع بيعا بسيطا لا يحل المشاكل التى يثيرها . . والمتعلقة بتنفيذ العمل المطلوب .

فهذا الرأى . . أثار كلاما كثيرا يحتاج الى بيان رأى الشريعة فيه أولا ، وثانيا لمعرفة موقع هذا الرأى من أقوال فقهاء الحنفية فيه . .

**أما الأول . .** فإن قولهم : أن التزام الصانع هو أمر رئيسى ، وليس بثانوى هو أمر تكلم فيه فقهاء الحنفية واختلفوا فيه فمن قائل أن التزام الصانع بالصنع يكون بعد رؤية المستصنع للمستصنع فيه . . وقال به أكثر فقهاء الحنفية . . وهناك رأى آخر جاء به صاحب الدرر يقول أن الالتزام بالعقد يبدأ من أول التعاقد الى نهايته وهو ما سنبينه فيما بعد — أن شاء الله .

وأما قولهم . . أنه اذا أتى بالمصنوع قبل العقد وأعطاه للمستصنع . . فهذا الأمر أثاره أيضا الحنفية بقولهم : لو جاء به مفروغا لا من صنعه لجاز .

**أما الثانى :** فهو يقرب كثيرا الى رأى الحنفية . . لكن الى درجة القول بأنه متفق مع رأى الحنفية (١٦) . . لأنهم اختلفوا حول التزام الصانع بالصنع وعدمه وهم اعتبروا الالتزام هذا . . مهم جدا . . واعتبروا عمل الصانع ركن من أركان الاستصناع وهذا لم يقل به أحد من فقهاء الحنفية قط .

وهذا الرأى . . هو المهم . . لذا قدمناه على غيره .

(١٥) الوسيط للسنهورى ٢٦/٧ ، انظر رسالة الاستصناع لدافيد ص ٤  
(١٦) جاء فى نظرية الفرر للفرير ص ٦٠ ( مذهب بعضهم الى أن « الاستصناع » عقد بيع مستقل واقع على شيء مستقبل ، وهذا الرأى متفق مع مذهب الحنفية . )

## الفرع الثاني : الاستصناع عقد مقالة واقع على العمل (١٧) :

وأصحاب هذا الرأي يرون أن الاستصناع يكون عقد مقالة دائما .. والمادة تابعة للعمل فقط .. إذ أن تملك رب العمل للشيء المصنوع ليس الا نتيجة لازمة لكون المتاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل .. وهذا الرأي متفق مع رأي أحد فقهاء الحنفية وهو أبو سعيد البردعي (١٨) القائل: بأن الاستصناع يقع على العمل دون المادة « العين » ولكن هذا الرأي في الفقه الاسلامي مرجوح .. والصحيح : أن الاستصناع بيع لا اجارة « مقالة » ..

## الفرع الثالث : الاستصناع عقد مقالة أن كانت المادة اقل قيمة من العمل وعقد بيع أن كان العمل اقل قيمة من المادة :

وأصحاب هذا الرأي .. يرون أن الاستصناع عقد مقالة على أن العمل هو الأساس فيه .. ويكون بيعا لأن المادة المباعة هي الأساس .. فهو « عقد مختلط » (١٩) بين البيع والمقالة ..

فإن كان العمل هو الأساس والمادة تابعة .. يكون مقالة وبيع .. وإن كانت المادة هي الأساس والعمل تابع لها .. فهو بيع ومقالة .. إذ لا يعتبر عقدا بسيطا مقالة فقط .. أو بيعا فقط .. لأن أحكام كل من هذين العقدين منفردة لا تكفي لمواجهة المسائل التي يثيرها عقد الاستصناع ..

ولكن هذا الرأي وإن بدى أنه يسد النقص الذي قد يترتب على تطبيق أحكام أحد العقدين فقط .. فهو يؤدي إلى إثارة صعوبات غيما يتعلق بالمسائل التي تتعارض فيها أحكام المقالة مع أحكام البيع كما هو الأمر غيما تختص بطبيعة العوض وتحديده ، وإنهاء العقد بالارادة المنفردة .. إذ تتعين عندئذ المفاضلة بين العقدين وهو ما يؤدي إلى التحكم في أغلب الأحيان (٢٠) .

(١٧) رسالة الاستصناع لدانيد ص ٢١ .

(١٨) سيأتي بيان رأي أبي سعيد البردعي حول ما إذا كان عقد الاستصناع يرد على العمل أم على العين « المادة المصنوعة » .. وأبو سعيد البردعي : هو أحمد ابن حسين البردعي نسبة إلى بردعة من مقاطعات أذربيجان قتل في واقعة القرامطة مع الحجاج سنة ٣١٧ هـ . انظر حاشية ابن عابدين ٢٢٥/٥ .

(١٩) أحكام المتأولة لشنب ص ١٦ وما بعدها . ورسالة دانيد ص ٢٧ .

(٢٠) أحكام عقد المتأولة ص ١٦ .

وهذا الراى له شبه برأى أحد الحنفية القائل بأن الاستصناع له شبه بالاجارة وشبه بالبيع .. لكن هذا الراى فى النظام الوضعى يختلف عن رآى الحنفية .. لأن الاستصناع فى النظام الوضعى ينظر اليه على انه مقالة .. فياخذ حكمها وينفس الوقت يأخذ حكم البيع على حدة .. وهذا لم يقل به أحد من الحنفية .

#### الفرع الرابع : الاستصناع عقد مقالة ابتداء وبيع انتهاء (٢١) :

يرى اصحاب هذا الراى .. كما نقله لنا دافيد أن الاستصناع عقد مقالة مادام الشئ لم يتم صنعه بعد .. فاذا انتهى هذا الصنع تحول العقد الى بيع للشئ المصنوع ، وتنقل ملكيته الى المشتري .

واعترض على هذا الراى .. بقولهم : أن تكييف العقد انما يتم وقت انعقاده بغض النظر عما يترتب عليه بعد ذلك .. ولا يجوز أن يتغير وصف العقد وقت تكوينه عن وضعه اذا ما نفذ .. فضلا عن أن الما قول يضمن عمله مدة طويلة بعد صنع الشئ مما يدل على أن المقالة تظل وتستمر ولا تنتهى بمجرد اتمام هذا الصنع ..

وهذا الراى .. له شبه بقول بعض الحنفية (٢٢) القائل بأن الاستصناع اجارة ابتداء بيع انتهاء .. لكن قبل التسليم لا بعد التسليم .

#### المبحث الثانى : الراى الراجح عند فقهاء النظام الوضعى :

##### الفرع الأول : الراجح عند السنهورى :

يرى السنهورى (٢٣) أن الراى الراجح عنده .. هو ما جاء فى الفرع الثالث السالف الذكر .. والقائل : « أن العقد يكون مقالة أو بيعا بحسب نسبة قيمة المادة الى قيمة العمل » .. وضرب السنهورى مثالين لزيادة قيمة المادة على العمل ومثالا آخرا لزيادة العمل على المادة فقال عنه أن الأمر ظاهر فى الامثال المتقدمة حيث تصغر قيمة المادة الى حد كبير بالنسبة الى عمل الفنان .. فتكون تابعة للعمل .. ويكون العقد مقالة ..

(٢١) رسالة الاستصناع لدافيد ص ٢٥ .

(٢٢) انظر فتح القدير ٢٥٦/٥ - ٢٥٧ .

(٢٣) الوسيط ٢٦/٧ وما بعدها .

وحيث تكبر هذه القيمة الى حد بعيد بالنسبة الى العمل في السيارة التي تحتاج الى اصلاحات طفيفة .. فيكون العقد بيعا .

ولكن كثيرا ما يقع أن تكون للمادة قيمة محسوسة الى جانب قيمة العمل .. ولو كان اقل قيمة منه .. وذلك كالخشب الذي يورده النجار لصنع الاثاث والقباش الذي يورده الحائك لصنع الثوب .. فيصبح العقد في هذه الحالة مزيجا من بيع ومقولة سواء كانت قيمة المادة اكبر من قيمة العمل أو أصغر .

ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه غيبا يتعلق بها وتقع المقولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه ..

### الفرع الثاني : الراجع عند دافيد :

ويرى دافيد (٢٤) بأن الاستصناع عقد مستقل أو ما يسمى في النظم الوضعية « عقدا غير مسمى » ..

### مناقشة السنهوري لدافيد :

وناقش السنهوري دافيد (٢٥) .. فقال : هناك رأى يذهب الى أن الاستصناع ليس مقولة ، ولا بيعا .. بل هو عقد غير مسمى « دافيد في عقد الاستصناع رسالة من باريس » .. ولا مانع من القول بأن هناك عقدا له مقومات تميزه عن غيره هو عقد الاستصناع ولكن ذلك لا يعنى أنه عقد « غير مسمى » .. فاسمه معروف وهو « عقد الاستصناع » ولا يمنع أن يكون عقد الاستصناع هذا .. ليس الا مزيجا من « البيع والمقولة » .



---

(٢٤) رسالة عقد الاستصناع لدافيد ص ٤ وما بعدها

(٢٥) انظر الوسيط في الحاشية ص ٢٧/٢ .





## الباب الرابع المقومات والشروط

\* \* \*

الفصل الأول: المقومات

الفصل الثاني: الشروط



## الفصل الأول : المقومات

### المبحث الأول : المقومات العامة للاستصناع وغيره من العقود :

سبق وأن تكلمت عن المقومات العامة بصورة موجزة عند البحث عن تعريف العقد وسنتكلم عن ركن الاستصناع في هذا الفصل .

أما باقى المقومات والتي هى شروط عند الحنفية .. وأركان عند غيرهم من الجمهور .. فسأتكلم عنها من وجهة نظر الحنفية التى ترى بأن الأركان إنما هى شروط للعقد . وقلنا أن المقومات الأساسية لكل عقد هى (١) :

« العاقدان                      العقود عليه                      الصيغة »

وقد عدها بعض الفقهاء ستة أى « العاقدان ، المثنى ، الثمن ، الإيجاب والقبول » .. وبعضهم عدها خمسة (٢) : « العاقدان ، المثنى ، الثمن ، الصيغة » .. وهذه اختلافات شكلية لا أكثر .

والمقومات هذه .. عدها جمهور الفقهاء أركاناً ، وعدها الحنفية شروطاً للعقد ما عدا الصيغة فهى ركن العقد عندهم (٣) .. وعليه فسأتكلم عن ركن الاستصناع إلا وهو الإيجاب والقبول أولاً .. لأنه الركن المتفق عليه عند جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية .. أما باقى المقومات والتى هى شروط عند الحنفية وأركان عند غيرهم من الجمهور .. فسأتكلم عنها فى المبحث الثانى .

### المبحث الثانى : ركن الاستصناع :

أبدأ بذكر الركن المتفق عليه بين الفقهاء لأى عقد واقصد به الصيغة أو « الإيجاب والقبول » ..

#### الفرع الأول : المراد بالصيغة :

تشمل صيغة العقد ما يتلفظ به العاقدان من عبارات يلتزمان بها لتكوين العقد والمسماة فى عرف الفقهاء « بالإيجاب والقبول » .. وقد تكلم

(١) ، (٢) الشرح الصغير ١٤/٣ .

(٣) الاختيار ٤/٢ .

الفقهاء جميعا عن الصيغة وما المراد بها ، وكيف تكون ؟ وهل تكون بالماضى أم بالحال أم بالأمر ؟ .

وبما أن الاستصناع بيع .. فسنترك عن الصيغة ، وما المراد منها أخذنا من الكلام عن البيع عند الفقهاء .

**الصيغة هي :** كل ما يدل على رضا الجانبين البائع والمشتري (٤) —  
**وهي نوعان :**

**النوع الأول : الصيغة القولية (٥) :** وما يقوم مقامها من رسول أو كتاب .. **فالقول :** كأن يقول البائع قد بعثك ثوبى بكذا .. أو أرسل له رسولا فقبل البيع في المجلس .. غانه يصح .. والقول يكون باللفظ الذى يدل على التملك **والتملك :** كبعثت واشتريت ويسمى ما يقع من البائع إيجابا ، وما يقع من المشتري قبولا .. هذا عند جمهور الفقهاء .

**أما الحنفية ..** فيرون أن الإيجاب : هو ما صدر أولا من أحد المتعاقدين سواء كان بائعا أو مشتريا .. **والقبول :** هو ما صدر ثانيا .

**النوع الثانى : المعاطاة (٦) :** وهى الأخذ والاعطاء بدون كلام .. كأن يشتري شيئا بثمن معلوم له .. فأخذه البائع ويعطيه الثمن وهو يملك بالقبض .. هذا عند جمهور الفقهاء (٧) .. مع خلاف فى كونه يثبت فى الأشياء اليسيرة أم بالخسيسة أم فى الأشياء كلها .

**فالشافعية ..** يرون : أن العقد لا يتم إلا بالإيجاب والقبول (٨) .. وهذا فى العقد بصورة عامة .. أما فى الاستصناع بالذات .. فالحذى أراه أن الاستصناع لا يكون بالمعاطاة لأنه لابد من أوصاف يذكرها المستصنع ، واستعداد بالعمل من الصانع .. وهذا يستدعى إيجابا وقبولا .  
وقد مثل بعض الفقهاء للصيغ منها : اعمل لى (٩) ، واصنع لى (١٠) ، فيقول الصانع قبلت ورضيت .. أو أى لفظ يدل على الرضا عرفا .. علما

---

(٤) الاختيار ٤/٢ ، الشرح الصغير ١٤/٣ ، المذهب ٢٥٧/١ ، كشف القناع ١٣٦/٣ ، ١٣٧ .

(٥) ، (٦) انظر البدائع ٢٩٨٣/٦ ، الاختيار ٤/٢ ، الشرح الصغير ١٤/٣ وما بعدها ، المذهب ٢٥٧/١ .. المغنى مع الشرح الكبير ٢/٤ وما بعدها .

(٧) البدائع ٢٩٨٥/٦ .

(٨) المذهب ٢٥٧/١ .

(٩) البدائع ٢٦٧٧/٦ .

(١٠) انظر حاشية شلبى على الزيلعى ١٢٣/٤ .

بان لفظة « اعمل لى ، واصنع لى » تدل على الأمر .. الا ان الكاسانى وغيره جوزوها .

وعليه .. فان صيغة الاستصناع لا يمكن حصرها فى شىء معين ..  
فهى جائزة فى كل ما تعورف عليه بين الناس ، وجرى التعامل بهذه الصيغة  
او تلك ما دامت تدل على الرضا .

### المبحث الثالث : اركان عقد الاستصناع فى النظام الوضعى :

لما كان عقد الاستصناع كما بينا سابقا يندرج تحت عقد المقاولة  
فى النظام الوضعى « المدنى المصرى » ، وعقدا مستقلا عند داغيد فى  
رسالته .. لذا ساتكلم عن اركان عقد المقاولة فى المدنى المصرى بشىء من  
الاختصار .

يرى السنهورى عند بحثه لأركان المقاولة فى المدنى المصرى ان أركانها  
كالأركان فى سائر العقود (١١) .

والاركان فى سائر العقود هى ما يلى :

١ — التراضى . ٢ — المحل . ٣ — السبب .

ولا شىء يقال فى السبب فى خصوص عقد المقاولة ومحلله النظرية العامة  
فى السبب والتي بحثت فى الوسيط .. فيبقى التراضى والمحل .

والمحل فى عقد المقاولة مزدوج : فهو بالنسبة الى التزامات المماول :  
العمل الذى تعهد بتأديته بموجب عقد المقاولة .

وهو بالنسبة الى التزامات رب العمل الأجر الذى يدفعه للمماول فى  
مقابل هذا العمل .. **والتراضى** : يكون البحث فيه فى شرطى الانعقاد والصحة .  
وهذا سنبحثه فيما بعد :

\* \* \*

---

(١١) الوسيط للسنهورى ٣٦/٧ - ٦٣ .

## الفصل الثانى : الشروط

### المبحث الأول : الشروط العامة للاستصناع وغيره :

#### تمهيد :

سبق وأن تكلمت عن أركان عقد الاستصناع ، وقلت أن هذا محل خلاف بين فقهاء المذاهب . فبينما يراه الحنفية أن الركن هو الصيغة فقط . . . وما عدا هذا غير شروط . . . حين نرى غيرهم وهم الجمهور يرون أن الصيغة والعاقدان والمعتود عليه هي الأركان .

#### ومقومات الاستصناع عند الحنفية تشمل ما يلى :

١- العاقدان ٢- محل العقد ٣- صيغة العقد ٤- الثمن

لهذا سأتناول البحث في الشروط من وجهة نظر الحنفية باعتبارها شروطا وليست أركاناً في العقد .

**تعريف الشرط :** قبل الكلام عن هذه الشروط أبداً بكلمة موجزة عن الشرط في اللغة والاصطلاح .

**التعريف اللغوى للشرط :** الشرط لغة (١٢) هو الزام الشيء والتزامه كالشرطية جمعه شروط وشرائط .

**التعريف الاصطلاحى للشرط :** والشرط في اصطلاح الفقهاء هو ما يلزم من عدمه العدم (١٣) . . ولا يلزم من وجوده الوجود . . فعند عدم الشرط يستلزم عدم وجود الأمر المشروط له . . كحولان الحول شرط في وجوب الزكاة . . فعند عدم حولان الحول لا تجب الزكاة الى أن يتم هذا الشرط فتوجد الزكاة .

أما وجود الشرط . . فلا يلزم منه وجود المشروط كالمثال السابق . . فعند حولان الحول . . لا يلزم منه وجوب الزكاة لعدم المال . . لأن الشرط يتوقف عليه وجود الشيء والمال . . وان وجد لكن شرط وجوب الزكاة فيه لم يتحقق . فلم يحل الحول على وجود المال لدى مالكه .

(١٢) تاج المروس - فصل الضمين - باب الطاء .

(١٣) ارشاد الفحول للشوكاني ص ٧ .

والشروط العامة للاستصناع هي الشروط التي تشترط في كل عقود المعاوضات كالبيع والسلم والاستصناع والاجارة وغير ذلك من العقود .. بحيث اذا لم تتوغل في العقد .. فانه يكون غير صحيح .. ولا يترتب عليه آثاره .. فهي شروط لابد منها في عقد البيع المباح ليصبح البيع منعقدا . والشروط ذكرها الكاساني في البدائع (١٤) .. وهي عنده اربعة انواع ولكل نوع ما يخصها من الشروط .. وقد أوردها العلماء في كتبهم عند البحث عن أى عقد الا أنهم لم يهتموا في إبرازه ذلك الإبراز الذي قام به الكاساني في البدائع .. لذا نجد أنفسنا أمام هذه الأنواع وما قاله العلماء في ذلك نورده كل حسب موقعه .. واليك هذه الأنواع :

١ — شروط الإنعقاد .

٢ — شروط اللزوم (١٥) .

٣ — شروط الصحة (١٦) .

٤ — شروط النفاذ (١٧) .

وسأتكلم عن هذه الأنواع وما يخصها من الشروط فيما يلي :

#### الفرع الأول : شروط الإنعقاد :

وشروط الإنعقاد أنواع ، وبعضها يرجع الى ما يلي :

١ — العاقد . ٢ — صيغة العقد . ٣ — البدلان .

٤ — مكان العقد .

#### المطلب الأول : شروط الإنعقاد التي ترجع الى العاقد هي :

١ — أهلية المتعاقدين : ان أهلية المتعاقدين بعمومها ، وبشقيها

« العقل والبلوغ » كشرط للإنعقاد هي محل اختلاف الفقهاء .

غالبية ، والمالكية ، وأحدى الروايتين عند الحنابلة .. يرون أن

العقل هو شرط الإنعقاد .. فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل

عندهم (١٨) .

(١٤) انظر البدائع ٢٩٨٧/٦ .

(١٥) شروط اللزوم هي التي لا يلزم العقد بدونها ، وإن كان قد ينعقد وينفذ بدونها .

البدائع ٢٩٨٧/٦

(١٦) شروط الصحة : هي التي لاصحة للعقد بدونها ، وإن كان قد ينعقد وينفذ بدونها .

نفس المصدر السابق .

(١٧) شروط النفاذ : هي مالا يثبت الحكم بدونها ، وإن كان قد ينعقد التصرف

بدونها .. نفس المصدر السابق .

(١٨) انظر البدائع ٢٩٨٧/٦ ، المغنى ١٨٥/٤ ، المتنع ٤/٢ ، مواهب الجليل

٢٤١/٤ .

أما الشافعية .. فعندهم يصح البيع من كل بالغ عاقل حر .. فأما  
الصبي والمجنون فلا يصح بيعهما لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع  
القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن  
المجنون حتى يفيق » (١٩) .. هذا دليل المنقول عندهم (٢٠) .

ومن المعقول قول الشيرازي من الشافعية (٢١) : ولأنه تصرف في المال  
فلم يفوض الى الصبي والمجنون كحفظ المال . .

وقيل أيضا (٢٢) : لا يصح من صبي وأن قصد اختياره ..... وفي هذا  
رواية ثانية عند الحنابلة (٢٣) .

والراجح عندي .. هو أن تصرف الصبي المميز ينعقد وذلك لقوة أدلة  
المبالكية والحنفية ورواية عند الحنابلة .. فهو مأذون له بالتجارة .

ب - أن يكون العاقد متعددا .. يرى الحنفية (٢٤) أن الواحد لا يصلح  
عاقدا من الجانبين في باب البيع الا الأب فله أن يبيع مال نفسه  
من ابنه الصغير بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فيه عادة ..

وبالامعان نجد أن شرط التعدد في هذه المسألة « مسألة الأب » يعتبر  
موجودا .. أما في المذاهب الأخرى .. فيرون ذلك أيضا .. الا أنهم  
لاذكرون هذا كشرط .. فهم يعتبرون العاقدين من أركان العقد .. ومبنى  
هذا قائم على الخلاف الموجود بين الحنفية وغيرهم في تحديدهم للركن .

فالحنفية يرون الركن جزء الماهية الذي منه ومن غيره تتكون الماهية  
. . . . . فيما يرى غيرهم من الفقهاء أن الركن هو ما يتوقف  
عليه الشيء سواء كان جزء الماهية أو غير جزء .. لكن يتوقف عليه  
وجود الشيء .. ولذلك نرى أن بعض الأركان عند غير الحنفية هي شرط  
لوجود الشيء عند الحنفية .

---

(١٩) رواه أبو داود في سننه . ٩٧/٤ - ٩٩ ، وقال الأبدى : رواه أحمد وأبو داود  
والحاكم من طريق علي وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما - انظر الأحكام للأبدى  
١٥٠/١ ط أولى م/النور - تعليق عبد الرازق عفيفي

(٢٠) المهذب ٢٥٧/١ ، مغنى المحتاج ٧/٢ .

(٢١) نفس المصدر السابق

(٢٢) مغنى المحتاج ٧/٢ .

(٢٣) المغنى والشرح الكبير ١٨٥/٤ .

(٢٤) انظر البدائع ٢٩٨٩/٦ .



## المطلب الثاني : الشروط التي ترجع الى صيغة العقد :

والشروط التي ترجع الى صيغة العقد هي ما يلي :

١ — ان يكون القبول موافقا للايجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع .. فان خالفه بأن قبل غير ما أوجبه البائع .. فلا ينعقد العقد من غير ايجاب مبتدأ موافق (٢٥) .

٢ — الا يفصل بين القبول والايجاب فاصل يدل على الاعراض (٢٦)  
عن البيع عرفا (٢٧) فلا يشترط أن يكون القبول بعد الايجاب غورا .. لان القابل يحتاج الى التأمل والتفكير في البيع .. وهذا يستدعي بعض الوقت الذي لا يعتبر اعراضا عن القبول ولو اقتصر الامر على الفور لا يمكنه التأمل والتفكير .. فلم تشترط الفورية (٢٨) .

## \* المطلب الثالث : الشروط التي ترجع الى البدلين :

أما الشروط التي ترجع الى البدلين فهي ما يلي :

١ — ان يكون المبيع موجودا : أن كون الوجود شرط في المبيع امر مسلم به مطلقا عند بعض الفقهاء ولا مطلقا عند ابن القيم .. وقد أبنت ذلك بصورة مفصلة وبوضوح عند كلامي عن « التعاقد على المعدم » في الباب التمهيدى .

وذكرت رأى ابن القيم فيه .. وما استدلل به من كتاب وسنة ورده على من اشترط وجود المبيع مطلقا كشرط لصحة البيع وانعقاده .. وقد رجحت الأخذ برأى ابن القيم بالنسبة لعقد الاستصناع فليرجع اليه (٢٩) .

٢ — ان يكون البدلان مالا متقوما : ومن شروط الانعقاد في البدلين أن يكونا مالا متقوما (٣٠) .. لان البيع هو مبادلة مال بمال .. فلا ينعقد بيع الحر مثلا .. لانه ليس بمال ، ولا الخمر ، ولا الخنزير لكونهما ثبتت حكمهما بالمنع على العموم في حق المسلم والكافر .

(٢٥) انظر البدائع ٢٩٩٠/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٧٠/٢ ، المذهب ٢٥٧/١ ،  
المغنى ٣/٤ .

(٢٦) بداية المجتهد ١٧٠/٢ .

(٢٧) الاختيار ٦/٢ .

(٢٨) كشف القناع ١٣٧/٣ .

(٢٩) راجع ماكتبته في هذه الرسالة في بحث « التعاقد على المعدم »

(٣٠) انظر البدائع ٣٠٠/٦ .

✳ وهناك خلاف في هذه المسألة ليس هو موضوعنا .. ويعتبر مالا متقوما : ما منه منفعة (٢١) ، فما لامنفعة فيه لا يجوز بيعة ولا ينعقد العقد معه .. فلا ينعقد مثلا بيع النحل .. لأنه ليس بمنفعة به .. فلم يكن مالا بنفسه بما يحدث منه .

٣ — أن يكون المبيع مملوكا للبائع : لأن البيع تمليك فلا ينعقد (٢٢) فيما ليس بمملوك كمن باع الكلا في أرض مملوكة ، والماء الذي في نهره أو في بئرهِ .. لأن الكلا وان كان في أرض مملوكة .. فهو مباح .. وكذلك الماء ما لم يوجد الاحراز .

٤ — أن يكون البدلان مقدوري التسليم : كذلك يشترط أن يكون البدلان مقدوري التسليم .. فان كان غير مقدوري التسليم لاستحالته كالطير في الهواء .. فلا ينعقد (٢٣) .. وان كان مملوكا للبائع .

#### المطلب الرابع : اما الذي يرجع الى مكان العقد من الشروط فهو :

**اتحاد مجلس العقد :** بأن يكون الايجاب والقبول في مجلس واحد .. فان اختلف المجلس لا ينعقد العقد حتى لو اوجب احدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس .. ثم عاد فقبل لا ينعقد العقد (٢٤) .

#### الفرع الثاني : شروط اللزوم :

أما شروط اللزوم في العقد فهي ما يلي :

#### المطلب الأول : خلو البيع من أحد الخيارات :

ان من شروط اللزوم في العقد خلو البيع من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخ العقد .. مثل : خيار الشرط ، والغبن ، والعيب ، والرؤية .

---

(٣١) ، (٣٢) انظر البدائع نم ، الشرح الصغير ١٩/٣ وما بعدها . الوجيز ١٣٣/١ ، المجموع ١٥٧/٩ وما بعدها ، المقنع ٥٥/٢ وما بعدها ، كشاف القناع ١٥١/٣ .  
(٣٣) انظر البدائع ٣٠١٣/٦ ، المقنع نفس المصدر السابق ، الوجيز ١٣٣/١ ، المجموع ١٥٧/٩ .  
(٣٤) البدائع ٢٩٩٢٧/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٧٠/٢ ، المهذب ٢٥٨/١ ، كشاف القناع ١٣٧/٣ .

فاذا وجدت أحد هذه الخيارات أو بعضها غانه يمنع من لزوم البيع في حق من له الخيار وكان له أن يقبل البيع ويمضيه أو يفسخه ويرده (٣٥) . . وسنورد تفصيلا لهذا الموضوع ، وبيان لزوم عقد الاستصناع وعدمه ، وبيان الخيارات فيه « العيب والرؤية » ان شاء الله .

### المطلب الثاني : وجود شرطى الانعقاد والصحة في البيع :

خلو باع انسان جيفة بيعا عاريا من الخيارات . . فلا يكون لازما . . ولوبايع مالا مع جهالة الثمن . . لايلزم أيضا . . وللطرفين حق الفسخ (٣٦) .

### الفرع الثالث : شروط صحة العقد :

وشروط صحة العقد هي ما يلي :

**المطلب الأول :** مايشمل كل الشروط السابقة للانعقاد (٣٧) لكونها تتداخل مع شروط الصحة ، فما لا ينعقد العقد بدونه لا يصح بدونه ضرورة . . اذ الصحة امر زائد على الانعقاد .

### المطلب الثاني : أن يخلو العقد مما يلي (٣٨) فيما يلي :

١ — الجهالة الفاحشة المؤدية للنزاع (٣٩) فيما يلي :

أ — جهالة المبيع جنسا أو نوعا أو قدرا بالنسبة للمشتري .

ب — جهالة الثمن (٤٠) . . فلا يصح بيع الشيء بمثله أو بما يستقر عليه السعر مثلا .

ج — جهالة الأجال (٤١) . كما في الثمن . . فيجب أن تكون المدة معلومة .

---

(٣٥) انظر البدائع ٢٩٨٧/٦ وما بعدها ، المهذب ٢٥٧/١ ، كشاف القناع ١٨٩/٣ ، المغنى ٦/٤ .

(٣٦) شرح المجلة المعدية لحيدر م/٣٦١ .

(٣٧) انظر البدائع ٣٠٣٧/٦ وما بعدها ، شرح المجلة م/٣٦١ .

(٣٨) بداية المجتهد ١٤٨/٢ .

(٣٩) هناك جهالة يسيرة لاتؤدى الى النزاع ولا تزعزع استقرار العقد . . لهذه معنى منها منذ أكثر الفقهاء .

(٤٠) البدائع ٣٠٥٣/٦ .

(٤١) نفس المصدر السابق ٣٠٣٩/٦ .

٢ — خلو العقد من الشروط الفاسدة : اشترط الفقهاء أن يخلو العقد من الشرط الفاسد .. وللفقهاء خلاف في تحديد الشرط الفاسد .. فبينما يرى الحنفية أن الشرط قد يكون مفسدا للعقد ، وقد يكون مبطلا له .. يرى غيرهم أن الشرط المفسد والمبطل بمعنى واحد .. وتحقيق هذا محلة كتب الأصول .

\* وايا كانت تلك الشروط الفاسدة .. فإذا وجدت يكون البيع غير صحيح (٤٢) إذا لم يكن الشرع ورد به ، أو لم يكن من مقتضى العقد .

٣ — خلو العقد من الغرر : يشترط لصحة عقد البيع خلوه من الغرر (٤٣) .. والمراد به غرر الوصف كما لو باعه ناقة على أنها تحلب كذا رطلا .. غالبية فاسد لأن ذلك مفهوم التحقق .. فقد ينقص .. أما لو باعها على أنها طوب من غير تحديد مقدار .. فإن البيع صحيح .

#### \* الفرع الرابع : شروط النفاذ :

بعد أن ينعقد العقد وتتوفر فيه شروطه المذكورة سابقا .. قد يعروه شيء آخر يجعله منعقدا .. إلا أنه موقوف على اجازة من له حق الاجازة .. لهذا اشترط الفقهاء شروطا لكي ينفذ العقد .. فقد قال بهذا (٤٤) الحنفية ، والمالكية .. وفي رواية لأحمد وأحمد القولين للشافعية .. واليك الشروط في هذا وهي :

#### المطلب الأول : الملك أو الولاية :

أما الملك .. فهو أن يكون المبيع مملوكا للبائع .. فلا ينفذ بيع الفضولي لانعدام الملك والولاية .. لكنه ينعقد (٤٥) موقوفا على اجازة المالك عند الحنفية ، والمالكية ، ورواية عند الحنابلة ، وقول عند الشافعية .

---

(٤٢) انظر البدائع ٣٠٧/٧ ، بداية المجتهد ١٢٥/٢ وما بعدها ، المهذب ٢٦٨/١ ، المقنع ٢٩٨/١ .

(٤٣) البدائع ٣٠٥٣/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٢٥/٢ وما بعدها ، ١٤٨/٢ ، مغنى المحتاج ١٦/٢ وما بعدها ، المغنى ٢٨/٤ وما بعدها .

(٤٤) انظر البدائع ٣٠١٩/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٧٢/٢ المغنى ١٨/٤ مغنى المحتاج ١٥/٢ .

(٤٥) انظر البدائع ٣٠١٩/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٧٢/٢ ، مغنى المحتاج ١٥/٢ . المغنى والشرح الكبير ١٨/٤ .

## المطلب الثانى : الا يكون فى المبيع حق لغير البائع :

فان كان فى المبيع حق لغير البائع .. فانه يكون منعقدا .. الا انه لاينفذ حتى يأذن من له الحق .. فلا يكون بيع المرهون ، وبيع المأجور نافذين ، فاذا ما أجازاه الراهن والمؤجر بصورة يتفقان عليها فيجوز عندئذ وينفذ البيع .. (٤٦)

وهناك تفصيل عند الشافعية والحنابلة والمالكية ليس مكانها هاهنا ، ويرجع إليها فى كتب الفروع (٤٧) .



---

(٤٦) انظر البدائع ٣٧٤٢/٨ ، منتهى المحتاج ١٤٣/٢ ، المنى والفرح الكبير ٥١٣/٢ .  
(٤٧) بداية المجتهد ٢٧٥/٢ ، منتهى المحتاج ١٤٣/٢ ، المنى والفرح الكبير ٥١٣/٢ .

## \* المبحث الثانى :

### \* الشروط الخاصة بالاستصناع :

#### \* تمهيد :

بحث فقهاء الحنفية الشروط الخاصة بالاستصناع .. فتكلموا عن ثلاثة شروط هى :

١ - أن يكون المعتود عليه معلوما ، أو بعبارة أخرى : شرط بيان الجنس ، النوع ، القدر . وكلامنا عن هذا الشرط يسبقه بيان رأى فقهاء الحنفية فى المعتود عليه هل هو العمل أم العين ؟ .

٢ - أن يكون الاستصناع مما يجرى به التعامل .. وهذا الشرط يركز عليه الاستصناع فى الجواز .. وسنتكلم عن التعامل ، والعرف .. قبل الكلام عن هذا الشرط .

٣ - ضرب الأجل فى الاستصناع : وسنبين خلاف الفقهاء فيه .. وبنفس الطريقة السابقة فى الشرطين .. سنتكلم عن معنى الأجل .. وهل له صلة بالسلم أم لا ؟ وأقسام الأجل عند الحنفية .. وماذا يقصد به اذا أطلق فى الاستصناع ؟

#### \* الفرع الاول : يشترط فى المستصنع فيه أن يكون معلوما ..

وضع للاستصناع شرط واحد خاص بالمعتود عليه وهو أن يكون معلوما .. وقبل البحث فى شرط المعتود عليه هذا .. لابد من التكلم عن المعتود فى الاستصناع ما هو ؟ وما المراد منه ؟ .

المعتود عليه فى الاستصناع : الاستصناع يستلزم شيئين مهمين هما : « العين ، العمل » .. وهما مطلوبان من طرف واحد وهو الصانع .

فالعين وهى المادة الخام التى يراد العمل فيها وبها من قبل الصانع وفق المواصفات المطلوبة من المستصنع .. والعمل .. وهو الجهد الذى يبذله الصانع ، أو من يقوم مقامه .. لكى يصنع المطلوب منه وفق المواصفات التى يقدمها المستصنع له .. فمن هنا يبرز لنا أمر .. لابد من تحقيقه .. وهو حقيقة المعتود عليه .. اهو العمل أم العين .

اختلف فقهاء الحنفية في تعيين المعقود عليه وكان اختلافهم على رأيين هما :

### **الأول : العين هي المعقود عليه :**

من الحنفية من قال بأن المعقود عليه هو العين .. وقال بهذا الرأي جمهور الحنفية ..

### **الثاني : العمل هو المعقود عليه :**

وقال بهذا الرأي أبو سعيد البردعي .

### **\* الأدلة :**

### **\* ادلة الرأي الأول القائل بأن المعقود عليه هو العين :**

استدل الجمهور من المعقول على النحو الآتي :

أولا : قال جمهور الفقهاء انه من المتفق عليه بيننا وبين من يعارضنا انه لو استصنع رجل آخر في عين ، وسلمها له الصانع بعد ان استكمل كل ما يطلبه المستصنع سواء كانت الصنعة قد تمت بفعل الصانع أم بفعل غيره بعد العقد .. فان العقد يلزم ، ولا ترد العين لصانعها .. الا بخيار الرؤية .. فلو كان العقد وأردا على صنعة الصانع « اى عمله » لما صح العقد اذا تمت الصنعة بصنع غيره .. وهذا دليل على أن العقد يتوجه على العين لا على الصنعة .

**\* قال السرخسي (٤٨) والأصح أن المعقود عليه المستصنع فيه «العين»** وذكر الصنعة « العمل » لبيان الوصف .. فان المعقود هو المستصنع فيه .. الا ترى انه لو جاء به مفروغا عنه من صنعته أو من صنعته قبل العقد فآخذه كان جائزا ..

**وجاء في فتح القدير وغيره (٤٩) :** المعقود عليه العين دون العمل .  
**وقال الشرنبلالي (٥٠) :** المبيع هو العين قول الجمهور وهو الأصح .

(٤٨) المبسوط ١٢/١٣٩ .

(٤٩) فتح القدير ٥/٣٥٥ ، الدرر الحكام شرح فروع الأحكام ٢/١٩٨ .

(٥٠) حاشية الشرنبلالي على الدرر ٢/١٩٨ .

ثانيا : واستدل الجمهور من الحنفية بأن المتفق عليه أن الاستصناع يثبت فيه للمستصنع خيار الرؤية وخيار الرؤية لا يكون الا في بيع العين .. فدل ذلك على أن المبيع هو العين لا الصنعة .

نقل عن الامام محمد صاحب أبي حنيفة قوله (٥١) : اذا جاء به مفروغا عنه فلمستصنع الخيار لأنه اشترى شيئا لم يره .. وخيار الرؤية انما يثبت في بيع العين .. فعرفنا أن المبيع هو المستصنع فيه .

ادلة الراى الثانى : القائل بأن المعقود عليه هو العمل :

استدل لراى أبى سعيد البردعى القائل : بأن هذا العقد أشبه بالاجارة منه بالبيع وانه عقد على العمل (٥٢) لا على العين .. استدل لهذا الراى بما يلى :

١ — عقد الاستصناع ينبنى عنه انه عقد على العمل فالاستصناع طلب العمل لفة والاديم ، والصرم فيه بمنزلة الآلة للعمل (٥٣) .. فيكون اقرب للاجارة منه لعقد البيع (٥٤)

٢ — لو لم يكن عقد الاستصناع عقد عمل لما جاز أن يفرد بالتسمية فهو أشبه مايكون بعمل الصباغ (٥٥) .. اذ العين وهى الصبغ ، والعمل من عند الصباغ .. ومع هذا لا يعتبر عقد استصناع .. بل هو اجارة محضة .. وعقد الاستصناع أشبه بهذا .

### **\* المناقشة :**

وقد نوقش راي الجمهور (٥٦) بأنه لو كان كما قلتم : بأن الاستصناع يكون فيه المعقود عليه العين المصنوعة .. وهذا يكون اقرب للبيع لما بطل العقد بموت الصانع كما هو مجمع عليه عند الحنفية .

(٥١) المبسوط ١٢/١٣٩ .

(٥٢) فتح القدير ٥/٣٥٥ وما بعدها ، الدرر شرح الفرر ٢/١٩٨ وما بعدها .

(٥٣) المبسوط ١٢/١٣٩ .

(٥٤) فتح القدير ٥/٣٥٥ وما بعدها ، الدرر شرح الفرر ٢/١٩٨ وما بعدها .

(٥٥) نفس المصدر السابق

(٥٦) فتح القدير ٥/٣٥٥ وما بعدها .



وقد رد جمهور الحنفية ما استدلل به (٥٧) أبو سعيد البردعي .. من ان الاستصناع يبطل بموت الصانع وانه لو كان بيعا ما بطل بموت أحد المتعاقدين .. رد جمهور الحنفية ذلك فقالوا :

ان للاستصناع شبهة بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل .. وله شبهة بالبيع من حيث ان المقصود فيه العين المستصنع .. فلشبهه بالاجارة قلنا انه يبطل بموت أحد المتعاقدين .. ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه القياس .. والاستحسان .. وأثبتنا فيه خيار الرؤية .. ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد .

فكل هذه الامور .. يختص بها البيع لا الاجارة . وقال جمهور الحنفية أيضا : بأن قياس الاستصناع على عمل الصباغ في الثوب المصبوغ قياس مع الفارق ، وذلك لأن الصبغ أصل (٥٨) .. والصبغ آلتة فكان المقصود فيه العمل .. وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستأجر .. أما هنا : في الاستصناع فالأصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا .. ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل أشبهه بالاجارة في حكم واحد لا غير (٥٩) .. وهو انه يبطل العقد عند موت أحدهما « الصانع والمستصنع » وهذا لا يجعله اجارة بحتة .. بل هو بيع أخذ شبهة من عقد الاجارة .

### الراى الرابع :

ان الراى الرابع عندى .. هو راى جمهور فقهاء الحنفية القائل بأن المعتقد عليه في الاستصناع هو « العين » وذلك لقوة أدلة الجمهور ، واستنتاجاتهم ، ومناقشتهم لأدلة القائل بأنه العمل .. وضعف أدلة هؤلاء تدلنا على رجحان راى الجمهور أيضا .

ثم نرجع بعد هذا الكلام الى بيان الشرط الاول وهو أن يكون المعتقد عليه في الاستصناع معلوم القدر والجنس والنوع والصفة .

اهتم فقهاء الحنفية بهذا الشرط (٦٠) فقدموه على كل الشروط مع أنه شرط ورد في كل عقد كما ذكرنا ذلك في شروط العقد العامة .

(٥٧) فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها ..

(٥٨) الصنع أصل « أى عمل الصباغ في الفرشاة هو أصل في عمله »

(٥٩) فتح القدير ٣٥٦/٥ .

(٦٠) تحفة اللهاء ٥٣٨/٢ . البدائع ٢٦٧٧/٦ .

قال السمرقندى (٦١) : لابد من بيان القدر وبيان الصفة والنوع ..  
وأيدته الكاسانى (٦٢) بقوله عن هذا الشرط فقال : ومنها بيان جنس  
المصنوع ونوعه وقدره وصفته .. لأنه لا يصير معلوما بدونها .

أما بيان جنس المصنوع .. فيكون ببيان المطلوب صنعه هل هو مثلا  
مائدة أم بندقية أم سيارة أم غير ذلك ، وبيان النوع والصنف والمادة وكل  
ذلك منعا للالتباس والاشتباه . غنى التعاقد على صنع مائدة مثلا : لابد  
من بيان نوعها هل هى من الخشب مثلا .. وهل تكون للطعام أم للكتابة ..  
ولابد من بيان القدر من الطول والعرض والارتفاع .. والسماكة فى  
الخشب .. وسماكة الأرجل مثلا .. الخ . من المقادير المطلوبة التى  
تمنع الجهالة بالمستصنع فيه . ولابد من بيان صفة المطلوب صنعه كان  
يكون فى المائدة مثلا من خشب الساج ، أو الخشب الأبيض ، أو الأحمر ،  
وصفة الصبغ الى آخره من الصفات .

وقد ضرب الفقهاء أمثلة عديدة لذلك بما كان يستصنع فى عهدهم ..  
إلا أن هذه الأمثلة ليست للحصر .. بل للتمثيل .

فمما ذكره فى هذا المضمار قولهم : لو أرى المشتري رجله لخفاف .  
فقال له اصنع لى زوجى حذاء من نوع الجلد الفلانى على أن يكون ذلك  
الجلد منك بكذا دينارا وقبل البائع . أو تقاوم مع نجار على أن يصنع له  
زورقا أو عربة أو سفينة وبين له طولها وعرضها .. أو كما تفعله الدول  
النامية مع الدول الصناعية فى استصناع الآلات والمعدات .

### \* الفرع الثانى : أن يكون مما يجرى فيه التعامل :

ومن الشروط الخاصة بالاستصناع أن يكون مما يجرى فيه التعامل ..  
وقبل البحث فى هذا الشرط .. لابد من كلمة عن مفهوم التعامل بين الناس :

### \* تمهيد :

أجاز فقهاء الحنفية الاستصناع للحاجة استحسانا وواضح أن كل  
ماتدعو اليه حاجة هى مصلحة مطلوبة من قبل الشارع الحكيم . وذلك  
ضمن مقاصد الشريعة . التى دعت للمحافظة عليها وهدفت الى تحقيقها

(٦١) تحفة الفقهاء ٢/٢٨٥ .

(٦٢) البدائع ٦/٢٦٧٧ .

لتسير الحياة وتنظيم .. فكل ما هو ضروري لحياة المجتمع البشرى أو حاجى .. دعا الشارع للحفاظ عليه .. وأمر بإيجاده وعاقب على محاولة هدمه وتضييعه .. واعتبرت الحاجة عند الفقهاء مبدأ تحكم بها الأحكام الشرعية العامة .. فتكون مبررا للاستثناء اذا تعارض مانقضى به فى حالة من الحالات مع الحكم العام .. فيؤخذ بمقتضاها .. وهذه الحالات استثنائية فالأحكام الشرعية هى لرعاية مصالح الناس وقضاء حاجياتهم وتسهيل أمورهم فهى فى الواقع لاتتعارض مع مصالح الناس لكن قد يؤدى وضع المعايير الشرعية فى بعض الحالات الى تخلف الحكم الضرورى والحاجى .

وفى هذه الحالات يترك المعيار العام ويؤخذ بما تقضى به الضرورة والحاجة والامثلة على ذلك كثيرة ومتعددة .

فالحكم العام .. يحرم أكل الميتة وشرب الخمر .. ولكن فى بعض الحالات يرخّص للضرورة فى اتيان هذا المحرم .. فبياح أكل الميتة احياء للنفس عند اشتداد الجوع ، وعدم وجود المباح من الطعام واشراف النفس الجائعة على الهلاك .. (فمن اضطر غير باغ ولا عاد .. فلا اثم عليه .. ان الله غفور رحيم) (١٦) .. فمنع أكل اللحم غير المذكى هول حفظ النفس .. وهو أمر ضرورى .. لكن حينما يكون حفظ النفس باكل هذا الممنوع فانه يترك المعيار العام ويباح ضده : وهو أكل الميتة وذلك عند اشراف النفس على الهلاك ، ومقاربتها له .. وكذلك العقود شرعت أساسا رفعا للخرج والمشقة عن المكلفين .. وتيسير وسائل التعامل بينهم .. فاذا أدت مشروعية هذه العقود على صفة مخصوصة الى لحوق المشقة فى بعض الصور لزم الرجوع الى ما تقضى به الحاجة كما فى السلم والاستصناع .. فكانت الحاجة وسيلة من وسائل الاستثناء والترخص ومن هنا .. كانت قاعدة « المشقة تجلب التيسير » ، وقاعدة « اذا ضاق الأمر اتسع » وقاعدة « الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة او خاصة (١٤) » ..

وهنا يمكننا أن نقول أن تعريف الاستحسان يوحى بأننا يجب أن نسير فى الطريق الى نهايته فى إباحة عقد الاستصناع .. فقد عرف الاستحسان العلماء ومنهم السمعاني اذ يقول (١٥) : ان كان هو القول بما يستحسنه

(١٣) البقرة / ١٧٣ .

(١٤) انظر من قواعد الحاجة فى الاشياء والنظائر للسيوطى .. القاعدة الرابعة ص ٧٧ :

مطبعة الحلبي، ١٣٣٨ هـ نظرية الإباحة لسلام مذكور ص/ ٣٤٢ .

(١٥) ارشاد الفحول ص/ ٢٢٤ . ط اولى سنة ١٣٢٧ هـ م السعادة .

الناس ويشتهيهم من غير دليل فهو باطل .. ولا أحد يقول به .. وأن غسر الاستحسان : بالعدول عن دليل الى دليل أقوى منه .. فهو مما لا ينكره أحد عليه .

والاستصناع في وقتنا الحاضر بعد أن أصبح أمرا عاما يشمل الهيئات والمؤسسات والأفراد ، وأصبح عمل الشركات الصناعية على هذا العقد .. بل والحكومات كذلك فعقود الاستصناع أصبحت لا تخص صنع الخفاف ولا الطشوت ولا القلنسوة .. فقط .. بل أصبحت تستعمل في تجهيز مكان العرس وأثاث المدرسة ومعدات الجيش .. الخ . لذلك كان على الفقهاء أن يعالجوا هذا التعامل بتكييف عقده حتى يكون العقد السائر بين الناس ملائما للشرع ومتفقا معه .. وذلك بتعديل العقد ووضع شروط له . ولا أعتقد أن ما قاله فقهاء الحنفية من أنه عقد بيع شرطت فيه الصنعة الا تكييفها سليما يمكن على هديه أن تسير معاملة المتعاقدين به قضاء وديانة .. ايجابا وقبولا نظاما وصنعة .

اذن .. لابد أن تحل طبقا لشروط هذا العقد التي وضحتها فقهاء الحنفية ما يحدث من منازعات وخلافات .. ولهذا أضع تصور فقهاء الحنفية لهذا العقد وعلى أى صورة كيفوه عندهم .

ان الأخذ بالعرف وهو : ما استقر في النفوس من جهة العقول السليمة وتلقته الطبائع السليمة بالقبول (٦٦) — عند الذين يعدونه دليلا مستقلا عن المصالح المرسله والاستحسان .. هو ترشيح للأخذ بمبدأي الضرورة والحاجة .. لأن تعامل الناس في مجموعهم لا يجنح اليه الا نحو ما تقضى حاجة الناس الى هذا الذي يتعاملون به مع ملاحظة أن يكون التعامل (٦٧) : غير معارض لنص من كتاب أو سنة ثابتة .. وأن يكون مطردا وغالبا أي أن تكون العادة كلية .. وأنه لا عبرة بعرف أو تعامل إذا كانا مخالفيين لنص شرعى .. وأنه لا عبرة بالعرف الطارئ وأن لا يصرح المتعاقدان بما يخالف هذا العرف المحتكم اليه . فإذا صرحا بخلافه بما يوافق مقصود الشرع صح .

فالعرف يعم اذا لم يكن مخالفا لنص شرعى أو شرط لأحد المتعاقدين (٨٦) ..

- 
- (٦٦) رسالة العرف لابن عابدين مع مجموعة الرسائل ١١٤/٢ — طبعة سنة ١٣٢٥ هـ .  
(٦٧) العرف رالمادة لأبي سنة ص ٥٦ وما بعدها .  
(٦٨) انظر المدخل للزرقاء ٨٧٣/٢ — ٨٨١ .

## العرف والقياس :

العرف ليس مصدرا تشريعيًا نستبد منه الأحكام .. لهذا لو تعارض العرف والقياس فما الذى يكون ؟

يرى بعض الفقهاء (٦٩) أن القياس يترك للعرف أن كان العرف عاما سواء أقره النبي صلى الله عليه وسلم أو عمل به من غير نكير من المجتهدين أو دعت اليه ضرورة الناس أو حاجاتهم .. لأن العرف حينئذ يكون أقوى حجة من القياس ورعايته هي رعاية لمصلحة لأنه أمانة الحاجة وهو من الاستحسان على اصطلاح الحنفية ..

فإنهم أطلقوه بمعنيين :

**أحدهما :** القياس الخفى فى مقابلة القياس الجلى المتبادر وجهه الى الانهزام .

**ثانيهما :** كل دليل يقابل القواعد العامة سواء كان نصا أو اجماعا أو ضرورة ومرادهم بالاجماع ما يشمل العمل الذى يرجع اليه بعض أنواع العرف بدليل تمثيلهم بالاستصناع .. كما أن مرادهم بالضرورة ما يشمل الحاجة .. وهذا الاطلاق أعم من الأول وهو اطلاق شائع فى الفروع .

✽ وبناء على ذلك .. فقد اضطرد العرف الآن وشاع بين جميع البلدان التعامل بالاستصناع خفافا كان المستصنع أو قدورا أو طائرات أو دبابات أو أجهزة علمية فيكون هذا العقد صحيحا له أحكام عقد البيع العامة ، وأحكام عقد الاستصناع الخاصة التى ذكرناها سابقا ولاحقا فى هذا البحث .. وذلك بناء على شيوع العرف وانتشاره وإن كان ذلك فيه مخالفة للقياس لأنه بيع ما ليس بموجود .. فعقد الاستصناع عقد سليم من الوجهة الشرعية بالنسبة لما استجد فيه من أمور لم تكن متعارفة عند الفقهاء .. وعليه وبعد هذه الكلمة الموجزة أنتقل الى بيان شرط التعامل فى الاستصناع .

**أن يكون مما يجرى فيه التعامل :** هذا الشرط أجمع عليه فقهاء الحنفية ويقوم عليه الاستصناع الجائز .. إذ أن الاستصناع كما بينا سابقا جائز استحسانا للتعامل الجارى عليه عند الناس منذ عصر النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا .

(٦٩) العرف والمادة لآبى سنة ١٠١ .

قال الكاساني : في معرض الكلام عن شروط عقد الاستصناع (٧٠) :

أن يكون مما يجرى فيه التعامل بين الناس من أواني الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال ولجم الحديد للدواب ونصول السيوف ، والسكاكين ، والقسي ، والنبيل ، والسلاح كله والطشت ، والقمقم ونحو ذلك .

وجاء في فتح القدير (٧١) : ولأنه يجوز غيما فيه تعامل .. وفي موضع آخر يقوم : ولا يجوز الاستصناع غيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان ابتداء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع .

أما ابن عابدين (٧٢) : فقد عبر عن هذا بعد تأييده للبدايع بما أورد من شروط فقال : بخلاف ما لا تعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح .

أما صاحب الدرر .. فما أوردته متفق جميعه مع ما أسلفنا للنصوص وغيره من الفقهاء جاؤوا بهذا ومثله (٧٣) .

من كل ما تقدم .. نرى أن فقهاء الحنفية مجمعون على أن التعامل شرط أساسي في جواز الاستصناع .. لذا يعتبرون الاستصناع فاسدا حال فقدانه لهذا الشرط ولو اجتمعت فيه الشروط الأخرى .. وهذا مما يدلنا على أهميته .

#### مالا يجوز الاستصناع فيه :

جاء في فتح القدير (٧٤) « وغيما لاتعامل فيه رجعنا فيه الى القياس كأن يستصنع حائكا أو خياطا لينسج له أو يخطط قميصا بغزل نفسه » .. وعند الحنفية : أن هذا الاستصناع فاسد .. فيحمل على السلم أي أنه يجوز سلما لاستصناعا .. جاء في الدرر (٧٥) شرح الفرر : في معرض الكلام عن الاستصناع لم يصح أي الاستصناع غير المتعامل به في الثوب

(٧٠) البدايع ٢٦٧٨/٦

(٧١) فتح القدير ٢٥٥/٥ ، ٣٥٦ .

(٧٢) حاشية ابن عابدين ٢٢٣/٥

(٧٣) الدرر شرح الفرر ١٩٨/٢

(٧٤) ٣٥٥/٥

(٧٥) ١٩٩٨/٢

الا بأجل فينتقل حكمه الى حكم السلم كما لو أمر حائكا أن ينسج له ثيابا بعزل من عنده بدراهم معلومة .

فما لا تعامل فيه يعتبر استصناعا فاسدا فيحمل على السلم الصحيح: فلا يجوز قياسا واستحسانا . . لأن القياس يأبى جواز الاستصناع المكنى للثروط فكيف اذا غفدها ؟ ولا يجوز استحسانا لأن الحنفية جوزوه ان كان فيما فيه تعامل استحسانا لهذا التعامل من لدن الرسول صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا . . والتعامل هو الداعي للجواز فغفدان هذا التعامل يمنع الجواز .

### استصناع الآلات والمعدات :

بقى أن نعرف أن مآذكره فقهاء الحنفية من بعض المواد الخام وبعض الآلات والحاجيات دون البعض أنها هو من قبيل التمثيل فقط لا من قبيل الحصر . . وليس معنى هذا أن الأمور التي جددت أو تجد ويشيع التعامل بين الناس بها دون مصادمتها لنص شرعى يجوز التعاقد فى مثلها . . والا أصاب الناس جهد شديد وخرج بالغ ومشقة لاتحتمل . . وهذا ما تأباه الشريعة الاسلامية وعقد الاستصناع ترك القياس فيه عملا بالاستحسان تخفيفا على الناس ورحمة بهم فمبدأ جوازه وسببه يوجبان (٧٦) عدم قصره على ما أورده فقهاء الحنفية من مواد وآلات . . فما ذكره من الأوانى والخفاف والنعال ولجم الحديد وما شاكل ذلك يمكن أن يعتبر الاستصناع فيه جائز وفى غيره .

فهذا الذى تعومل به وغيره زادت عليه مجلة الأحكام العدلية أنواعا يجوز الاستصناع فيها لأنه متعامل به فى وقت الدولة العثمانية : كالبندقية والسفن الحربية والتجارية . .

ويبنى على هذا كله . . أنه يجوز أن يعتبر التعامل الحاصل الآن فى الثياب والذى عده أكثر فقهاء الحنفية مما لايجوز التعامل به . . أنه جائز الآن . . لأن التعامل به فى عصرنا كثير . . فما ذكره اذن فقهاء الحنفية من أنه : لايجوز الاستصناع فى الثياب (٧٧) أنها هو منع لما كان معهودا فى

---

(٧٦) البدائع ٢٦٧٨/٦ ، فتح القدير ٣٥٤/٥ ، حاشية ابن عابدين ١٢٢/٥ ، المبسوط

١٣٨/١٢

(٧٧) البدائع ٢٦٧٨/٦

عصرهم من عدم التعامل به فقد علل المانعون لهذا التعاقد بقولهم (٧٨) :  
لأن القياس يأبى جوازه ، وإنما جوازه استحسانا لتعامل الناس ولا  
تعامل في الثياب .

فعلى هذا يجوز التعامل في كل مادة وفي كل آله بشرط أن تنطبق عليه  
أحكام هذا العقد مما ليس بممنوع شرعا وذلك لجواز التعاقد في الشريعة  
الاسلامية مطلقا مما لم يرد فيه نص أو إجماع بالتحريم (٧٩) .

### \* الفرع الثالث : اشتراط ضرب الأجل :

#### \* تمهيد :

هذا الشرط يستدعى منا عدم الدخول في بيانه بصورة مباشرة . . اذ  
لا بد من ذكر لمحة تمهيدية عن مفهوم الأجل ، ونوعى الأجل ودخول  
الأجل في السلم عند الحنفية .

مفهوم الأجل : الأجل في اللغة (٨٠) مدة الشيء ويقال فعلت ذلك من  
اجلك بفتح الهزة وكسرهما أى من جراك ، « استأجله فأجله » الى مدة ،  
« الأجل » ، « الأجل » ضد العاجل والعاجلة .  
فضرب الأجل معناه ضرب المدة . .

#### انواع الأجل : يقسم الحنفية الأجل الى قسمين هما :-

\* أولا : أجل للاستعجال : ويقصدون به ضرب المدة القصيرة التي  
لا يقصد بها التأخير . . وإنما يقصد بها الفراغ من عمل الشيء بأقرب  
فرصة يراها .

قال صاحب العناية (٨١) : وعند الكلام عن ضرب الأجل في القسم  
الثانى الذى سيأتى فيما بعد : « أما المذكور على سبيل الاستعجال بأن  
قال على أن يفرغ غدا أو بعد غد » فالغدا منه غدا أو بعد غد . . دليل  
على الاستعجال لا الإهمال .

(٧٨) نفس المصدر السابق .

(٧٩) راجع بحثنا في الباب التمهيدي من خربة المكلف في انشاء المتود .

(٨٠) مختار الصحاح باب الهزة .

(٨١) العناية مع فتح القدير ٣٥٦/٥



﴿ ثانيا : أجل للاستمهال : وهذا الأجل هو المقصود به عند الكلام عن الأجل على إطلاقه . ﴾

**قال صاحب العناية (٨٢) :** وأما اذا ضرب الأجل فيما لاتعامل فيه .. فإنه يصير سلما بالاتفاق ، والمراد بضرب الأجل ما ذكره على سبيل الاستمهال « .. وبما أن السلم يقصد في مشروعيته .... التيسر على الأمة فجاز مع طول المدة التي قد تصل الى السنتين ، كما في الحديث الشريف المشهور عن ابن عباس — رضى الله عنه — السالف الذكر .. فغضب الأجل في السلم ليس للاستعجال .. بل للاستمهال .. فعندئذ نرجع الى قول الحنفية في هذه النقطة فنجد الهذواني من الحنفية يقول : (٨٢) أن ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال .. فلا يصير به سلما .. وان كان من قبل الصانع فهو سلم .. لأنه يذكره على سبيل الاستمهال .. فقول الهذواني « فهو سلم » : يقصد بذكره : الاستمهال وهو المدة الطويلة الموافقة لطول أجل السلم ولكي نفهم أجل السلم .. لابد من معرفة رأى الحنفية عن دخول الأجل في السلم :

**دخول الأجل في السلم :** أما دخول الأجل في السلم .. فقد اختلف فقهاء الحنفية في أدنى مدة الأجل في السلم الى مايلي (٨٤) :-

- ١ — قيل أدنى مدة هي شهر .. وهو رأى جمهور فقهاء الحنفية .
- ٢ — قيل أدنى مدة هي ثلاثة أيام : وبه قال أحمد بن أبى عمران البغدادى استاذ الطحاوى وآخرين .
- ٣ — قيل أدنى مدة هي نصف يوم فأكثر .. وبه قال أبو بكر الرازى .
- ٤ — وقيل ان تقديره يرجع الى العاقلين (٨٥) وهو كل ما يمكن تحصيل المسلم فيه (٨٦) .

#### الأدلة :

- ١ — استدل أصحاب الراى الأول القائل : بأن أقل مدة في السلم هي شهر
- ١ — بما روى عن محمد أنه قدر بالشهر ثم قال تعليلا (٨٧) : ان الأجل إنما

(٨٢) العناية مع فتح القدير ٢٥٦/٥ .

(٨٣) فتح القدير ٢٥٥/٥

(٨٤) نفس المصدر السابق ٢٣٦/٥

(٨٥) البدائع ٢١٧٥/٧

(٨٦) فتح القدير ٢٣٦/٥

(٨٧) البدائع ٢١٧٥/٧

شرط في السلم ترغيبها وتيسيرا على المسلم اليه ليتمكن من الاكتساب في  
المدة .. والشهر مدة معتبرة يمكن فيها الاكتساب فيتحقق معنى  
الترغيب .. فأما مادونه ففي حد القلة .. فكان له حكم الحول . وفي هذا  
المعنى ذكر في فتح القدير (٨٨) : من أن الشهر أدنى الأجل وأقصى العاجل .  
ب - مآذره صاحب العناية غيبن حلف ليقضين دينه عاجلا فغضاه  
قبل تمام الشهر بر في يمينه .. فكان مادون الشهر في حكم العاجل ،  
والشهر وما فوقه أجل .. وهذا موجود في باب الأيمان .

٢ - دليل الفريق الثاني القائل بأن أقل مدة هي ثلاثة أيام : استدلت  
الفريق الثاني بأنه لما كان خيار الشرط مدته ثلاثة أيام .. فيكون الأجل هو  
كذلك (٨٩) كأقل مدة تعتبر أجلا .. فقيس (٩٠) هذا على خيار الشرط ..  
لأن مدته هي أقل مدة مقدرة شرعا ..

#### مناقشة هذا الدليل :

ناقش هذا الدليل .. كل من صاحب البدائع وصاحب العناية فقالا :  
ان هذا القياس غير سديد .. لأن أقل مدة الخيار ليس بمقدر .. والثلاثة  
أكثر مدة على أصل أبي حنيفة .. فلا يستقيم القياس (٩١) .

٣ - دليل الفريق الثالث القائل بأن أقل مدة هي نصف يوم فأكثر :  
استدلوا (٩٢) : بأن المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما تأخر  
قبضه عن المجلس . ولا يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم .

٤ - دليل الفريق الرابع القائل بأن مدة الأجل يرجع فيها الى العرف  
والعادة : استدلوا بقولهم (٩٣) .. أنه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى  
عرف الناس في تأجيل مثله .. كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار  
المعين من الزمان وفي الايضاح : فان قدرا نصف يوم جاز .

(٨٩) فتح القدير ٣٣٦/٥

(٩٠) البدائع ٣١٧٥/٧

(٩١) فتح القدير ٣٣٦/٥ ، البدائع ٣١٧٥/٧

(٩٢) العناية مع فتح القدير ٣١٧٥/٥

(٩٣) نفس المصدر السابق .

✽ هذه لمحة عن الأجل في السلم لنصل على ضوءها الى معرفة متى يكون الأجل أجل سلم عند الحنفية ومتى لا يكون وذلك لازم لمعرفة ما يذكر من تأجيل تسليم المستصنع في بعض الحالات أهو أجل سلم عند الحنفية أم لا ؟ .

### ✽ رأينا :

مما سبق يظهر لى أن رأى الفريق الأول القائل بأن أقل مدة في السلم هي شهر وذلك لأن المدة المحددة بزمان معين هي مدة قاطعة لاى نزاع في الأجل سواء بالنسبة لتسليم المسلم فيه أو بالنسبة لاى شيء آخر . وأن المدة المقررة بشهر هي مدة في غاية الاعتدال لا احجاف فيها على البائع أو على المشتري .. ولناقشة أدلة الآخرين وضعفها يتبين رجحان رأى الفريق الأول — والله اعلم — .

### ما المراد بالأجل المذكور في الاستصناع :

يرى أبو حنيفة أنه لصحة هذا العقد خلوه عن الأجل .. فإذا ذكر الأجل في الاستصناع غفيم يفسر ؟ هذا مانرى ضرورة بيانه هنا .. فنرى أن الحنفية يريدون بالأجل عند اطلاقه الأجل الذى ذكر سابقا في السلم .. والراجح عند الحنفية شهر .... فالشهر يعتبر أقل أجل السلم .. فعلى هذا اذا تكلم فقهاء الحنفية في الاستصناع عن ضرب الأجل كشرط فيه أم غير شرط .. فيراد به الشهر فما فوق .

جاء في العناية (٩٤) : والمراد بضرب الأجل ما ذكره على سبيل الاستمهال .. وقد شرحنا مسألة الاستمهال في الأجل سابقا .. فارجع اليها لتجد أن المقصود به أجل السلم .. والا فان كان أقل من ذلك فهو لا يقصد به الأجل على اطلاقه .. قال في العناية (٩٥) : أما المذكور على سبيل الاستعجال بأن قال على أن يفرغ غدا أو بعد غد لا يصير مسلما .. لأن ذكره للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم .. فمعنى هذا عندهم اليوم أو اليومين ليست أجلا .

(٩٤) العناية مع فتح القدير ٣٥٦/٥ .

(٩٥) نفس المصدر السابق .

## \* ضرب الأجل في الاستصناع :

نرجع هنا الى شرطنا الثالث من شروط عقد الاستصناع الخاصة  
الا وهو ضرب الأجل في الاستصناع .. فنقول :

اما دخول الأجل في الاستصناع عند وجود شرط التعامل فيه . فقد  
اختلف فقهاء الحنفية فيه الى مايلي :

١ — فعند أبي حنيفة : يشترط الا يكون هناك اجل يضرب في الاستصناع .  
وذلك لكي يستكمل عقد الاستصناع شروطه الصحيحة .. وعنده أن ضرب  
الاجل صار سلما .. فعندئذ تطبق عليه شروط السلم المعروفة كقبض  
البدل في المجلس مثلا .

\* الأدلة : استدلل أبو حنيفة بالمعتول (١٦) على عدم ضرب الأجل في  
الاستصناع فيمايلي : —

١ — أن السلم عقد على مبيع في الذمة مؤجلا .. فاذا ماضى في  
الاستصناع اجلا اتى بمعنى السلم (١٧) .. ولو كانت الصيغة استصناعا ..  
فعنده يجوز أن ينعقد البيع بلفظ التمليك ، وكذلك الاجارة والنكاح .

\* قال السرخسي (١٨) : وعند الكلام عن ضرب الأجل : أن المعتبر  
ماهو المقصود وبه يختلف العقد .. لابتعبار اللفظ ، الا ترى أنه لو قال  
ملكك هذا العين بعشرة دراهم كان بيعا ولو قال بسكنى هذا الدار شهرا  
كانت اجارة فعرفنا أن المعتبر ماهو المقصود .

٢ — أن التأجيل يختص بالديون لأنه وضع لتأخير المطالبة .. وتأخير  
المطالبة (١٩) انها يكون في عقد فيه مطالبة .. وليس ذلك الا السلم ..  
اذ لا دين في الاستصناع .. ويؤيد هذا ماورد في المبسوط (١٠٠) أن  
أبو حنيفة يقول : هذا مبيع دين ، والمبيع الدين لا يكون الا سلما .. كما لو  
ذكر لفظ السلم . وبيان ماذكرنا أن المستصنع فيه مبيع .. والأجل لا يثبت  
الا في الديون . فلما ثبت فيه الأجل عرفنا انه مبيع دين .

(١٦) البدائع ٢٦٧٩/٦

(١٧) تحفة الفقهاء ٥٣٩/٢

(١٨) ، (١٩) ،

### توجيه السرخسى لدليل أبى حنيفة السابق :

وقد وجه السرخسى الدليل الأول (١٠١) بأن الأجل إذا ضرب انما يقصد به الامهال ، تأخير المطالبة .. وتأخير المطالبة لا تكون الا فى عقد لازم .. واللزوم فى السلم لافى الاستصناع . ونحن عرفنا أن الاستصناع جائز غير لازم .. فاذا ذكر كان ذكره دليلا على ارادة السلم فينعقد لذلك سلما .

٣ - يخاطب اخيرا أبو حنيفة المخالفين : عن شيء اتفقوا جميعا عليه فى الاستصناع وهو خيار الامتناع عن العمل .. الذى هو مشروع للصانع قبل العمل . فيقول أبو حنيفة عن هذا (١٠٢) : الا ترى أن لكل واحد منهما خيار الامتناع عن العمل قبل العمل بالاتفاق .. غلو اشتراط الأجل للزم الصانع عدم الامتناع عن العمل قبل العمل لوجود الأجل المضروب بينهما فعدم وجود الأجل يحق للصانع خيار الامتناع عن العمل ويسوغ له ذلك بكل سهولة .

### \* توجيه السرخسى للدليل :

قال السرخسى (١٠٣) أن الأجل مؤخر للمطالبة ويكون ذلك بعد لزوم العقد واللزوم فى السلم دون الاستصناع .. فثبتت الأجل فيه دليل على انه سلم وذكر الصنعة لبيان وصف المسلم فيه .. ولهذا لو جاء به مفروغا لامن صنعته يجبر على القبول .. وبهذا تبين قساد قولهم : أنه سلم شرط فيه صنعة صانع بعينه .

### \* توضيح رأى أبى حنيفة السابق :

ولتوضيح رأى أبى حنيفة ننقل ما جاء فى العناية (١٠٤) حيث ورد فيها : ولأبى حنيفة أنه دين يحتمل السلم وتقريره : لانسلم أن اللفظ محكم فى الاستصناع ، فان ذكر الأجل أدخله فى حيز الاحتمال ، واذا كان محتملا للأمرين كان حمله على السلم أولى ، لأن .. جوازه بالاجماع بلا شبهة فيه ، وفى تعاملهم الاستصناع نوع شبهة .. « يريد به أن فى فعل الصحابة فى تعاملهم الاستصناع شبهة » .. ولأن السلم ثابت بأية المداينة والسنة دون الاستصناع .. فكان الحمل على السلم أولى .

(١٠١) ، (٠٢) المبسوط للسرخسى ١٤٠/١٢ .

(١٠٣) البدائع ٢٦٧/٦ .

(١٠٤) العناية مع فتح التدبير ٢٥٧/٥ .

## \* خلاصة رأى أبى حنيفة :

وخلاصة رأى أبى حنيفة : أن عدم ضرب الأجل شرط عنده لصحة عقد الاستصناع والا إذا كان الأجل المتصود به ليس التأجيل .. بل الاستعجال .. فضربه لا يضر العقد .. وقد بيناه مفصلا سابقا .. فعلى هذا لو ضربت مدة اقل من الشهر فلا يعتبر أجلا فيكون استصناعا على حاله .. وان ترك أمر المدة بدون ذكر أصلا فهو استصناع مع وجوب توافر الشروط الأخرى .

## ٢ - رأى الصاحبين في اشتراط الأجل :

اختلف الصاحبان « أبو يوسف ومحمد » مع أبى حنيفة في موضوع ضرب الأجل في الاستصناع .. فعندهما ضرب الأجل في الاستصناع وعدم ضربه سواء .. بمعنى أن الاستصناع صحيح شريطة أن يكون مما يجرى فيه التعامل بين الناس .

\* فان لم يكن متعاملا به بين الناس فهو سلم عند الجميع (١٠٥) .. وفيما يلي نصوص كتب المذهب في هذا الموضوع (١٠٦) :

\* قال أبو يوسف ، ومحمد : ضرب الأجل في الاستصناع ليس بشرط وهو استصناع على كل حال .. ضرب فيه أجلا أم لم يضرب .. ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع كالثياب ونحوها أجلا يتقلب سلما في قولهم جميعا .

جاء في المبسوط عند الكلام عن ضرب الأجل (١٠٧) : وهو عند أبى يوسف ومحمد استصناع أن ضرب لذلك أجلا .. وكانت تلك الصناعة معروفة ، فهو استصناع على حاله .

## الأدلة :

استدل الصاحبان بالأدلة التالية : —

(١٠٥) ، (١٠٦) البدائع ٢٦٧٩/٦ ، الهداية مع فتح القدير ٣٥٦/٥ ، تحفة الفقهاء ٤٩١/٢  
الفتاوى الغنيمة ص ١٥١ ، الدرر الحكام شرح الفهر ١٩٧/٢  
(١٠٧) ١٢٩/١٢ ■

**أولاً :** العادة والعرف الجاريان في الاستصناع .. فعندهما (١٠٨) أن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع .. والاستصناع إنما جاز للتعامل .. ومن التعامل بين الناس رأى الصاحبان أن الاستصناع قد تعورف فيه على ضرب الأجل .. فلا يتحول الى السلم بوجود الأجل .

**ثانياً :** أن الاستصناع إذا أريد : فإنه يحمل على حقيقته (١٠٩) .. فإن تلفظ بالعقد على أن المتعاقدان يتعاقدان على الاستصناع فيحافظ على مقتضاه .. وإذا كان كذلك فالأجل يحمل على الاستعجال .. لا الاستمهال .. وبهذا استطاع الصاحبان أن يخلصا من الوقوع في الخلاف مع أبي حنيفة في هذا الدليل

### ✽ تأييد رأى أبي حنيفة :

قال بعض الفقهاء (١١٠) أننا لا نسلم أن اللفظ محكم في الاستصناع فإن ذكر الأجل أدخله في حيز الاحتمال .. وإذا كان محتملاً للأمرين كان حمله على السلم أولى . لأن جواز السلم بالاجماع بلا شبهة فيه .. وفي تعاملهم في الاستصناع نوع شبهة « أى في فعل الصحابة للتعامل في الاستصناع شبهة » .. ولأن السلم ثابت بآية المداينة (١١١) والسنة (١١٢) .. دون الاستصناع .

**ثالثاً :** وما استدلل به الصاحبان على رأيهما القائل : أن ضرب الأجل في الاستصناع لا يحوله الى سلم .. أنه قد يقصد بضرب الأجل (١٠٣) . تأخير المطالبة وقد يقصد به تعجيل العمل .

---

(١٠٨) البدائع ٢٦٧٩/٦ .

(١٠٩) الدرر الحكام شرح غرر الأحكام ١٩٨/٢ ، ابن عابدين في الحاشية ٢٢٣/٥

(١١٠) العناية مع فتح القدير ٣٥٦/٥ ، ٣٥٧ ، حاشية ابن عابدين ٢٢٤/٥

(١١١) يقصد بقوله تعالى : ( يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ) الآية .

(١١٢) يقصد به : ما روى عن ابن عباس في الحديث المشهور عن السلف وغيره .

(١١٣) البدائع ٢٦٧٩/٦ وما بعدها .

واذا كان ضرب الأجل محتملا لهذين الأمرين وحمله على أحدهما دون الآخر لابد من مرجح فسقط اعتبار أن الأجل أجل سلم غلا يخرج ضرب الأجل العقد عن موضوعه ( وهو الاستصناع ) مع الشك والاحتمال بخلاف ما لو كان العقد في شيء لا يحتمل الاستصناع . لأن ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الأجل فيه تعجيل العمل .

فتعين أن يكون ضرب الأجل بتأخير المطالبة بالدين وذلك بالسلم غلا يقاس الاستصناع في شيء يحتمل الاستصناع على ما لا يصح فيه الاستصناع في أن ضرب الأجل يحوله إلى سلم مثله . وذلك للفارق المذكور .

### توجيه لراى الصاحبين :

**قال السرخسى (١١٤) :** لو كان الاستصناع بذكر الأجل فيه يصير سلما لصار السلم بحذف الأجل منه استصناعا ولو كان هذا (الاستصناع) سلما لكان سلما فاسدا لأنه يشترط فيه صنعة صانع بعينه وذلك مفسد للسلم .

**مناقشة :** جاء في المبسوط أيضا مناقشة لهذا الدليل مفادها (١١٥) : أن ما قال به الصاحبان من أن السلم بحذف الأجل لا يصير استصناعا .. يشكل بالمتعة فإنه لا يصير نكاحا بحذف المدة عنه .. وهذا قياس على المتعة أريد به تنفيذ رأى الصاحبين وزاد عليه السرخسى بقوله (١١٦) : ثم النكاح بذكر المدة فيه يصير متعة .. وكأنه يقول فإن الاستصناع بذكر الأجل يصير سلما عند أبى حنيفة كما في النكاح عندما تذكر المدة فيه يصير متعة ومثل له السرخسى بمن تزوج امرأة شهرا (١١٧) .. والشهر غما فوق عند الحنفية يعتبر أجلا .. فعلى هذا جىء بالمثلى على نفس واقع الأمر فكانت هذه المناقشة جديرة بالاهتمام .

### رأينا :

ظهر من خلال النظر في رأى أبى حنيفة والصاحبين أن رأى الصاحبين

(١١٤) المبسوط ١٣٩/١٢ .

(١١٥) نفس المصدر السابق .

(١١٦) نفس المصدر السابق ١٤٠/١٢ .

(١١٧) نفس المصدر السابق .



هو الراجح عندي لقوة أدلتها أولا ولأن التأجيل إذا دخل العقد لا يحوله إلى الإلزام فانه لا يضر فيكون بعيدا عن السلم من هذه الوجهة .

#### رأى آخر :

هناك رأى آخر حول ضرب الأجل في الاستصناع عقد نقل لنسأ رأى الهندوانى (١١٨) . . اذ يقول : ان كان ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعجال ولا يصير به سلما (١١٩) .

#### ملخص مسائل التعامل والأجل السابقة الذكر :

يحسن بنا اتهاما للبحث في هذا الموضوع الهام في نظري ، والذي ان كنا قد أصبنا فيه وجه الحقيقة بتوفيق من الله . . أن نذكر تلخيصا لشارح المجلة العدلية (١٢٠) اسجله فيمابلى :

١ — اذا لم تبين المدة في الأشياء التى جرى التعامل باستصناعها . . فالمعقد عقد استصناع بالاجماع .

٢ — اذا كانت المدة المبينة أقل من شهر أى لم تبلغ المدة التى يصح بها السلم والأشياء مما جرى التعامل به على الاستصناع فهو كذلك عقد استصناع بالاجماع .

٣ — اذا كانت المدة المبينة فى الأشياء التى تستصنع عادة شهرا أو أكثر من شهر فهو عقد استصناع عند الصاحبين . وعقد سلم عند أبى حنيفة .

٤ — اذا كانت المدة لأقل من شهر أى للأجل الذى يصح به السلم ، والأشياء مما لم تستصنع عادة فهو سلم بالاجماع .

٥ — اذا لم تبين المدة فى الأشياء التى لم يجر التعامل بها على وجه الاستصناع فظاهر المجلة أنه عقد استصناع . والحق أنه عقد فاسد كما صرح به الكتب الفقهية .

---

(١١٨) نفس المصدر السابق .

(١١٩) أورد داود الخطيب فى الفتاوى الفياضية ص ١٥١ نقلا عن الفقيه أبى جعفر هذا

الرأى وقال : وهذا كله على قول أبى حنيفة . انظر المبسوط ١٢٠/١٢ .

(١٢٠) دررر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٥٨/١ .

\* تنبيه :

هناك شرطان وضعتهما المجلة العدلية (١٢١) للاستصناع هما :

الأول : أن تكون المادة من الصانع ..

الثاني : أن يكون العمل من الصانع ..

\* فهذان الشرطان يذكران عند فقهاء الحنفية ضمن الكلام عن صورة الاستصناع (١٢٢) ، ولعدم وجود تفصيل لهذين الشرطين أردت التنويه عليهما ليكونا محل نظر إذ أن هذين الأمرين هما : النقطة التي يفترق بها الاستصناع عن الاجارة على الصنع والبيع المطلق .



---

(١٢١) ن.م.

(١٢٢) انظر فتح القدير ٣٥٤/٥ ، البدائع ٢٦٧٧/٦ .

### \* البحث الثالث :

#### \* شروط الاستصناع في النظام الوضعي :

تمهيد :

لما كان الاستصناع يدخل ضمن المقاولة في النظام الوضعي فسأتكلم  
عن شروط المقاولة الخاصة بها في هذا البحث .

عند كلامنا عن مقومات عقد المقاولة سابقا قلنا بأن أركانها ثلاث :

#### \* التراضي . \* المحل . \* السبب .

وهنا سنعطى فكرة موجزة عن شروط هذه الأركان . وقلنا بأن السبب  
محل البحث فيه ليس :

١ — **شروط التراضي :** أن شروط التراضي في عقد المقاولة على نوعين (١٢٣):  
**أولا :** شروط الانعقاد في التراضي **ثانيا :** شروط الصحة في التراضي .  
واليك بيان هذين الشرطين موجزا .

#### **أولا : شروط الانعقاد في التراضي : وتكون على الوجه التالي :**

توافق الإيجاب والقبول . . فيجب لانعقاد المقاولة أن يتطابق الإيجاب  
والقبول على عناصرها . . فيتم التراضي بين رب العمل والمقاول على  
ماهية العقد والعمل الذي يؤديه المقاول لرب العمل . . والاجر الذي  
يتقاضاه .

\* **التصميم والمقايضة ودفتر الشروط :** ويكون عقد المقاولة مصحوبا  
بالتصميم الذي يجري على مقتضاه العمل ، **المقايضة :** وهي بيان للأعمال  
والمواد المستعملة والاجرة . . . الخ . **ودفتر الشروط :** أي شروط  
المقاولة بالتفصيل .

#### **ثانيا : شروط الصحة في التراضي : وتكون على الوجه التالي :**

الاهلية والسلامة من عيوب الإرادة : فيجب في المقاولة مايجب في كل  
عقد من توافر الاهلية الواجبة وسلامة التراضي من عيوب الإرادة . . فان

(١٢٣) الوسيط ٣٧/٧ .

كان التراضي صادرا من ناقص الأهلية أو كان معيبا بعيب من عيوب  
الإرادة كانت المفاوضة قابلة للإبطال .

## ٢ - شروط المحل :

المحل في عقد المفاوضة مزدوج ويمكن القول من أنه على نوعين  
« الأجر ، العمل » . لذا .. يجب بيان مايلي :-

أولا : الشروط الواجب توافرها في العمل : وهي طبقا للقواعد  
العامة تكون على الوجه الآتي :-

١ - أن يكون العمل ممكنا .

٢ - أن يكون العمل معينا . أو قابلا للتعين .

٣ - أن يكون العمل مشروعاً .

ثانيا : الشروط الواجب توافرها في الأجر : وهي طبقا للقواعد العامة  
أيضا تكون على الوجه الآتي :-

جاء في مصادر الحق (١٢٤) .. أن الإيجاب والقبول يفرضان بداهة  
وجود المحل وأما السبب فإنه يمكن القول بخصوصه بأن الفقه الاسلامي  
يعرف في بعض مذاهبه نظرية السبب .

ثم ان شرائط الانعقاد العامة في العقد موافقة القبول للإيجاب ،  
واتحاد المجلس .. وفي العاقد : العقل والتعدد ، وفي المعقود عليه :  
أن يكون ممكنا ومعينا أو قابلا للتعين وصالحا للتعامل .

غالاركان والشرائط في الفقهاء واحدة مع اختلاف يسير في التعبير .



(١٢٤) مصادر الحق للستهوري ٢٦٢/٤ ، ٢٦٣ .

## الباب الخامس عقد الاستصناع بين الزوم وعدمه

\* \* \*

الفصل الأول : مكانة عقد الاستصناع من العقود المسماة •

الفصل الثاني : تقسيم العقود بالنسبة للزوم وعدمه •  
عند أصحاب الاتجاه الأول ، ومثلة الاستصناع منها •

الفصل الثالث : المراحل التي يمر بها الاستصناع وحكم كل مرحلة  
من جهة الزوم وعدمه عند أصحاب الاتجاه الأول •

الفصل الرابع : الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى نهايته •

الفصل الخامس : آثار عقد الاستصناع •

الفصل السادس : لزوم عقد الاستصناع أو عدم لزومه في النظام الوضعي



1. The first part of the document is a list of the names of the persons who have been named in the proceedings.

2. The second part of the document is a list of the names of the persons who have been named in the proceedings.

3. The third part of the document is a list of the names of the persons who have been named in the proceedings.

## \* الفصل الأول : موقف عقد الاستصناع من العقود المسماة :

تمهيد : عقد الاستصناع من العقود المسماة التى اعتبرها فقهاء الحنفية من انواع البيع ولكنها تختلف عنه . . غالبيع عندهم عقد لازم ، اما الاستصناع فلم يكن هكذا عقدا لازما على اطلاقه ، او على الاقل لم يسلم من اختلاف فقهاء الحنفية انفسهم حوله وما قيل بأنه عقد غير لازم (١) مطلقا غير صحيح . . لذا سنتكلم فى هذا البحث فى صفة هل هو لازم ام لا؟ وقبل الخوض فى هذا البحث يحسن الكلام عما يلى :-

١ - مفهوم اللزوم فى اللغة وفى الاصطلاح .

٢ - موقف القانون الوضعى من اللزوم والالتزام .

\* واليك بيان هذين الامرين :-

### ١ - مفهوم اللزوم فى اللغة والاصطلاح :

١ - اللزوم فى اللغة : جاء فى المصباح المنير (٢) : لزم الشيء لزوما ثبت ودام . ويتعدى بالهمزة فيقال ألزمته : اى اثبته وادمته . . ولزمه المال : وجب عليه . ولزمه الطلاق : وجب حكمه وهو قطع الزوجية . . والزمته المال والعمل وغيره فالتزمه .

ب - اللزوم فى اصطلاح الفقهاء : عرفنا بان اللزوم مادته لزم ، ويتعدى بالهمزة فيكون الزاما . . الا ان الفقهاء يفرقون بين الالزام الذى هو بمعنى الثبوت والوجوب . . . . . والالتزام : الذى هو بمعنى ارادة شغل الذمة بشئ اختيارا وفق ارادته . .

ويظهر هذا عند تعرض الفقهاء لتعريف الذمة والتفرقة بينها وبين الاهلية . ففى الاشباه والنظائر (٣) : أن الذمة امر شرعى مقدر فى المحل يقبل الالزام والالتزام .

(١) تحفة الفقهاء ٣٨/٢ هـ .

(٢) المصباح المنير : لأحمد المقرئ الميوسى ٢١٥/٢ .

(٣) حاشية الحوى على الاشباه والنظائر لابن نجيم ٢١١/٢ سنة الطبع ١٢٩٠ هـ .

وفي قواعد الأحكام لابن عبد السلام (٤) : ان الذمم هي تقدير الانسان يصلح للالتزام والالزام من غير تحقق له .

وفي كشف القناع (٥) : الذمة وصف يصير المكلف اهلا للالزام والالتزام .

وفي الفروق للقرافي (٦) : العبارة الكاشفة عن الذمة انها معنى شرعى مقدر فى المكلف ، قابل للالتزام واللزام .. وهذا المعنى جعله الشرع سببا على اشياء خاصة منها البلوغ ومنها الرشد .. فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب المشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل الزامه ارش الجنايات ، وأجر الاجارات واثمان المعاملات ونحو ذلك من التصرفات .. ويقبل التزامه اذا التزم اشياء اختيارا من قبل نفسه لزمه .

### \* خلاصة ما تقدم :

اللزوم امر يقرره المشرع اذا توغرت شروط معينة فى التصرف وهو بذلك يختلف عن الالتزام : فهذا الأخير يقرره الشخص باختياره ابتداء واثره المباشر شغل ذمته بأمر (٧) .

### ٢ - موقف القانون الوضعى من اللزوم والالتزام :

الالزام فى النظام الوضعى : هو (٨) التعبير الذى يجمع سائر مايلزم الشارع به الانسان ويندرج تحت ذلك ما ينشأ عن النظام والعمل المشروع ، والعمل غير المشروع من الزامات .. وليس الضمان الاصوره من صور الالزام .

أما تعبير الالتزام : فهو التعبير الذى يجمع ما يوجبهُ الشخص على نفسه باختياره من الأمور الجائزة نظاما .. فمن يشتري يلتزم بالوفاء بثمنه وهذا امر يتم بإرادته .. لكن من يصدّم شخصا بعريته يلتزم بتعويضه كما يدعى الفقه الغربى وانما هو « يلزم » بالتعويض .. لأن الالتزام ينشأ بالارادة ، والالتزام ينشأ جبرا عن الارادة من السلطة الحاكمة .

(٤) قواعد الاحكام لابن عبد السلام ١٠٩/٢

(٥) كشف القناع للبهوتى ١١٧/٢ . سنة الطبع ١٣٥٩ هـ

(٦) الفروق للقرافي ٣/٢٨٢ ( ص ٢٢١ )

(٧) نظرية الالتزام للعطار ص ١٨

(٨) نفس المصدر السابق .



## \* الفصل الثانى : تقسيم العقود بالنسبة للزوم وعدمه :

### تمهيد :

قبل الدخول فى معرفة ما اذا كان الاستصناع عقدا لازما أو غير لازم لابد من بيان أقسام العقود فى الشريعة الإسلامية من حيث الزوم وعدمه .  
\* أقسام العقود : تقسم العقود الى أربعة أقسام بالنسبة الى الزوم وعدمه : وهى :

١ — العقود اللازمة بحق الطرفين والتي لا تقبل الفسخ بطريق الإقالة . .

ومثال ذلك : عقد الزواج . . فإنه لا يرتفع بالتقابل أى « أنه لا يقبل الإلغاء الاتفاقى ولكنه يقبل الانهاء بطرق شرعية مخصوصة كالتطليق والخلع وما الى ذلك .

٢ — العقود اللازمة بحق الطرفين . . والتي تقبل الفسخ والالغاء بطريق الإقالة أى « باتفاق المتعاقدين كالبيع والصلح » .

٣ — العقود اللازمة بحق أحد الطرفين فقط : كالرهن والكفالة . . فإنهما لازمان بالنسبة الى الراهن والكفيل . . وغير لازمة بالنسبة الى الدائن المرتهن والمكفول له . . لأنهما لمصلحة الشخصية توثيقا لحقه . . فله حق التخلّى عن توثيق دينه متى شاء بفسخ الرهن والكفالة .

٤ — عقود غير لازمة : قام الزرقا (١) بدراسة أنواع هذه العقود فقال عنها مجملا . بأن عدم الزوم ولو فى بعض الأحوال صفة ثابتة لها . وهى تسعة عقود نقسمها الى ثلاثة أنواع بحسب كون عدم الزوم فيها مطلقا أو مقيدا . . وكونه أصيلا أو استثنائيا وهذه الأنواع هى :

\* النوع الأول : عقود غير لازمة فى حق كلا الطرفين وهى ثلاثة : الاعارة ، والشركة ، والمضاربة .

**فالمضاربة** مثلا يحق فيها الفسخ والتصفية لكل من الشريكين الحق فى ذلك متى شاء على أن يعلم الشريك الآخر . . فلا يسرى حكم الفسخ الا من تاريخ علمه .

(١) المدخل للنقوى للزرقا ١/٢٨٤

الاضام  
منذ انمقد  
وعندئذ ي  
لابقتضى  
بعد  
اللزوم و  
النوعين  
خلالها  
لزومه في  
اللزوم في  
وموضوع  
عقد الاس

**\* النوع الثاني :** عتود الاصل فيها عدم اللزوم .. ولكنها تلزم في بعض الاحوال وجملة عقود هذا النوع اربعة : « الوكالة ، التحكيم ، الوصية ، الهبة » ..

**ويقال عن التحكيم :** هو ان يحتكم طرفان مختصمان الى شخص يختارانه برضاها ليكون حاكما بينهما في دعواهما بدلا من القاضى فكل واحد من الطرفين له ان يفسخ عقد التحكيم، ويعزل المحكم قبل ان يحكم .. اما بعد صدور الحكم منه فلا .. بل يصبح التحكيم لازما .

**\* النوع الثالث :** عتود الاصل فيها اللزوم ولكن في طبيعتها شيئا من عدم اللزوم في ظروف محدودة .. وهذا النوع عكس النوع الثاني ، وجملة عقوده اثنان : هما : الاجارة ، والمزارعة (٢) ..

والمزارعة نوع شركة على استثمار الأرض بالزرع .. تكون فيها الأرض من طرف والعمل من طرف آخر .. فيجوز للطرف الذى عليه تقديم البذر ان يعدل عن المزارعة ويفسخ عقدها .. ولكن ذلك قبل القاء البذر فى الأرض .. اما بعد القاء البذر فى الأرض .. فان المزارعة تصبح لازمة حتى فى حق صاحب البذر (٢) .

#### موقف عقد الاستصناع من هذه الأنواع :

اما عقد الاستصناع فقد وضعه الزرقا (٤) فى مكان مستقل عن العقود غير اللازمة .. فقال عنه : وهناك عقد عاشر نفرد به بالذكر فى هذه المناسبة كان يعتبر فى أصل المذهب الحنفى غير لازم ، فأصبح لدينا بمقتضى نصوص المجلة لازما (٥) .

فالاستصناع وهو « شراء ما سيصنع بطريق التوصية » يجوز فيه لكل من الطرفين نسخه فى أصل المذهب بلا خلاف مادام الشيء لم يصنع .. اما بعد صنعه واحضاره فيكون للمستصنع حق فى الفسخ من قبيل خيار الرؤية على الراى الراجع .

(٢) المدخل للزرقا ٤٥٢/١ .

(٣) نفس المصدر السابق ١ من ٤٥٥

(٤) نفس المصدر السابق ٤٥٦/١ وما بعدها .

(٥) يتصد بذلك ما جاء فى لائحة الاسباب الموجبة .. من مقدمة المجلة المعدية .. انظر المجلة المعدية فى مقدمتها الهاميونية . ويتصد ايضا ان العمل فى سوريا كان قائما على اعتبار عقد الاستصناع عقدا لازما .

الا ان المجلة .. في المادة / ٣٩٢ اخذت بلزوم العقد في حق الطرفين منذ انعقاده .. الا اذا جاء المصنوع مغايرا للأوصاف المعينة في العقد وعندئذ يكون للمستصنع حق الفسخ بمقتضى خيار غوات الوصف المشروط لا بمقتضى عدم اللزوم في عقد الاستصناع .

بعد هذا البيان لمعنى اللزوم والالتزام واقتسام العقود بالنسبة الى اللزوم وعدمه .. ارى ولكى نرجع عقد الاستصناع الى أحد هذين النوعين .. ان نلقى نظرة على المراحل التى يمر بها عقد الاستصناع ومن خلالها نقرأ ماكتبه فقهاء الحنفية عن موقفهم من لزوم هذا العقد أو عدم لزومه فى كل مرحلة من مراحل .. وهل هو عقد لازم فى كل مراحل أم اللزوم فى مرحلة دون أخرى .. ومن ثم وللصلة القوية بين هذا الموضوع .. وموضوع الآثار المترتبة على عقد الاستصناع .. سنتكلم عن مدى آثار عقد الاستصناع .

\* \* \*

**\* الفصل الثالث : المراحل التى يمر بها الاستصناع ، وحكم كل مرحلة منها من جهة اللزوم وعدمه عند أصحاب الاتجاه الأول :**

**تمهيد :**

يمر الاستصناع بمراحل ثلاث تقريبا حتى يكتمل وسى مايلى :

**أولا : مرحلة ما قبل الصنع .**

**ثانيا : مرحلة ما بعد الصنع وقبل الرؤية للمصنوع من المستصنع .**

**ثالثا : مرحلة ما بعد الصنع وبعد الرؤية للمصنوع .**

ولكل تفصيل فيها سنورده فى المباحث التالية :

**\* المبحث الأول : مرحلة ما قبل الصنع :**

ان هذه المرحلة تكون بعد التعاقد .. ولما كان الاستصناع غير جائز قياسا لذا .. فالحنفية يرون أنه عقد جائز غير لازم لكلا الطرفين .. فعندهم يحق للطرفين عدم المضى فى العقد .

**راى المجلة فى هذه المرحلة :** جاء فى المجلة العدلية (١) .. ان الاستصناع لازم لكلا الطرفين بعد انعقاد العقد وقد نسبوا هذا الراى لأبى يوسف .. ولكنى لم اعثر على هذا الراى لأبى يوسف فيما لدى من مراجع ..

**جاء فى التحفة (٢) :** لكل واحد منهما الخيار فى الامتناع قبل العمل . وجاء فى البدائع أيضا (٣) فى معرض الكلام عن صفة الاستصناع : أما صفة الاستصناع فهى أنه عقد غير لازم قبل العمل فى الجانبين جميعا بلا خلاف .

**سبب كونه غير لازم :** بعد أن عرفنا أنه غير لازم بالنسبة للطرفين فى المرحلة الأولى لابد من معرفة أسباب عدم اللزوم فى هذه المرحلة :

**قال فقهاء الحنفية :** أن القياس يأبى الاستصناع ، ومادام كذلك فإن فى الزام الطرفين بذلك يعنى أن يكون هناك دليل قوى يثبت اللزوم هذا ،

(١) المادة ٣٩٢/

(٢) ٥٣٩/٢

(٣) ٢٦٧٩/٦ ومابعدها .

ويترتب عليه آثار عديدة .. لكن الاستصناع جاء على خلاف القياس ..  
فيجب أن يراعى فيه ماهو موجود .. لهذا قلنا بعدم اللزوم مراعاة لما  
يقتضى به القياس من عدم جوازه .

جاء في البدائع (٤) — وعند الكلام عن سبب عدم اللزوم قبل الصنع :  
أن القياس يقتضى أن لايجوز .. وانما عرفنا جوازه استحسانا لتعامل  
الناس فبقى اللزوم على أصل القياس .

ثم قاس الكاساني مسألة عدم اللزوم واثبات الخيار للصانع .. بأنه  
يحق للطرفين الامتناع قبل العمل عن العمل على البيع المشروط فيه الخيار  
للمتبايعين فقال (٥) : حتى كان لكل واحد منها خيار الامتناع قبل العمل ..  
كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين .. وأن لكل واحد منهما الفسخ .

أما الموسوعة الفقهية (٦) فعلمت ذلك بقولها : لأن الزام الصانع بالمضى  
ضرر له من ناحية أنه اتلاف لماله في عمل المطلوب وقد لايرضى المستصنع  
فكان له أن يفسخ ولايمضى .. وأما المستصنع فلأنه قد اشترى ما لم يره ..  
فكان له الخيار في الفسخ قبل الرؤية .

**رأى آخر :** هناك رأى يرى أن اللزوم ثابت في الاستصناع في هذه  
المرحلة فهم مع باقى المراحل في اللزوم : جاء في المادة (٣٩٢) من المجلة  
العدلية قولها : اذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدین الرجوع عنه ..  
واذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً .

فجعل اللزوم يبدأ منذ التعاقد وحتى نهايته . مع غارق واحد وهو  
أن يكون اللزوم مفتتياً حين الاخلال بالمواصفات ، وعدم اللزوم هذا خاص  
بالمستصنع فيحقق له الفسخ لهذا السبب . فالصانع على رأى المجلة (٧) ..  
مجبور على العمل للشئ المطلوب صنعه ولايحق له الرجوع عن ذلك .

**ودليلهم (٨) :** أن الاستصناع بيع والبيع عقد لازم لايرد عليه الخيار ..  
والصانع يعتبر بائعاً ، والبائع لاخيار له .

(٤) ٢٦٧٩/٦ ومابعدها .

(٥) نفس المصدر السابق .

(٦) ٩٣/٧

(٧) درر الحکام لمولى حيدر . شرح المادة / ٣٩٢

(٨) نفس المصدر السابق .

أما المستصنع .. فعند المجلة ملزم بالقبول إذا كان موافقا للأوصاف  
التي بينها الصانع منذ بدء التعاقد ..

وحجتهم في ذلك .. أنه لو جعل له الخيار للحق البائع أضرار ولأنه قد  
لا يرغب في المصنوع أحد غير المستصنع .

### **المبحث الثاني: مرحله مابعد الصنع وعدم رؤيه المستصنع للمصنوع**

وهذه المرحلة تعتبر مرحلة وسط اذ تم الصنع للمادة المطلوبة بها . اكن  
المستصنع لم يراها بعد .. فهل العقد لازم بحق الطرفين ؟ أم بحق  
أحدهما ؟ أم غير ذلك ؟ .

**قال صاحب التحفة عند الكلام عن هذه المرحلة (٩) :** بعد الفراغ من  
العمل فللصانع وللمستصنع الخيار .. وقد أشار صاحب التحفة الى  
قضية واضحة الظهور عند فقهاء الحنفية وهي أن الطرفين لم يلزما  
بالعقد .. لأنه قد أعطى للصانع الحق في أن يصنعها ويبيعها الى من  
يريدها .. فهذا الحق يفقد فيما لو أصبح العقد لازما . وكذلك يحق للصانع  
أن يأتى بالمطلوب من صانع آخر أو من مصنع أو محل آخر إذا كانت  
على الأوصاف المطلوبة .. وهذا يعنى أن المصنوع لم يكن معينا .. إنما  
وقع على مبيع في الذمة .. كما يقول محمد صاحب أبى حنيفة في تعليل عدم  
اللزوم عنده .

**قال صاحب التحفة (١٠) ، وفتح القدير (١١) :** حتى أن الصانع لو باعه  
قبل أن يراه المستصنع جاز لأنه ليس بعقد لازم .. وأيد هذا الكاساني  
بقوله (١٢) : ومابعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذلك حتى  
كان للصانع أن يبيعه من يشاء .. كذا ذكر في الأصل .

**أما علته عند الكاساني فهي :** لأن العقد ماوقع على عين المعمول ..  
بل على مثله في الذمة .. لأنه لو اشترى من مكان آخر وسلم اليه جاز .

• ٥٣٩/٢ (٩)

• تحفة الانتهاء ٣٠٥/٢ (١٠)

• فتح القدير ٣٥٧/٥ (١١)

• انظر البدائع ٢٦٧٩/٦ (١٢)

### المبحث الثالث: مرحلة ما بعد الصنع ورؤية المستصنع لها.

هذه المرحلة هي آخر مرحلة يصل اليها المتعاقدان في الاستصناع .. وهى التى يتم فيها صنع المستصنع ويراه المستصنع غاماً أن يكون وفق المواصفات وأما أن يكون مخالفاً لها .. والكلام فى هذه المرحلة نوضحه :

\* الأول : عند عدم مطابقة المصنوع للشروط والمواصفات المطلوبة .

\* الثانى : عند المطابقة للشروط والمواصفات المطلوبة .

\* وفيما يلى التفصيل :

#### الأول : عند عدم المطابقة للمطلوب صنعه :

إذا قدم الصانع المستصنع فيه ورآه المستصنع .. لكن وجده غير مطابق لما تعاقد عليه مع الصانع فالمستصنع غير ملزم بالاستلام ولا يدفع الثمن ان لم يكن قد دفع مسبقاً .. لأن مدار العقد هو دفع الحاجة .. والحاجة للمواصفات المطلوبة بالمصنوع هى المهمة .. فان عدمت الحاجة .. ونحن نعرف أن هذا انما يكون على وفق ما اتفقا عليه فيمكن أن يتراجع المستصنع مثلاً عن بعض المواصفات الناقصة أو يدفع الصانع بعض الثمن عن المخالفة .. أو ينقص من الثمن .. وهذه الاحتمالات هى غير محل بحثنا .. لأنها واردة ، ويمكن أن يعملها المتعاقدان بشرط عدم مخالفة الشرع فى أى منها .

لهذا .. جاءت المادة (٣٩٢) من المجلة العدلية بما نصه : « إذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة .. كان المستصنع مخيراً . . . وقيل فى هذه المادة بأنه (١٣) إذا كان المصنوع غير موافق للأوصاف المطلوبة .. وكان النقص الموجود فيه من قبيل العيب ، فلمستصنع خيار العيب .. وإن كان من قبيل الوصف ، غله خيار الوصف .. ان شاء قبله ، وإن شاء رده ، ومتى قبله بعد رؤيته فليس له رده .

وسأوضح فيما بعد — ان شاء الله — مبدأ خيار الرؤية والمدة المطلوبة فيه ومتى يسقط ويتنفس الوقت أتكلم عن خيار العيب .

(١٣) درر الحكام . شرح المادة / ٢٩٢

الثاني : أما الشق الثاني الذي اشرنا للقسم الاول منه فهو أن يسلم الصانع المستصنع فيه مطابقا للأوصاف المطلوبة ويراه المستصنع .. وفي هذا اختلف فقهاء الحنفية في كون العقد ملزما أم غير ملزم على التفصيل التالي :-

#### ١ - بالنسبة للصانع :

الزم جمهور فقهاء الحنفية الصانع بالتسليم بعد العمل وهو الأصح عندهم وقيل أن هذا هو جواب ظاهر الرواية عن أبي حنيفة ، وأبى يوسف .

\* جاء في فتح القدير (١٤) : أما بعد ما رآه « المستصنع » .. فالأصح أنه لا خيار للصانع .. بل إذا قبله المستصنع أجبر على دفعه لأنه بالآخرة بائع ..

\* وفي البدائع (١٥) : أما إذا حضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع .. وعلل الكاساني سقوط الخيار عن الصانع ولزوم العقد بحقة : بأن الصانع بائع مالم يره .. فلا خيار له .

\* أما صاحب العناية : فقد علله بقوله (١٦) : ومن هو كذلك لا خيار له بناء على جعله بيعا لعدة .. فالصانع بالاحضار اسقط خيار نفسه .. والدليل في ذلك .. القياس ، فقد شبه عقد الاستصناع بعقد البيع المطلق الذي شرط فيه الخيار للعاقدين بجامع أن كليهما ثبت فيهما الخيار غالبية الذي شرط فيه الخيار للمتعاقدين عند الحنفية إذا اسقط أحدهما خياره لا يسقط عن الثاني ويكون لازما .. بل يبقى خيار الثاني حتى يسقطه بنفسه .. لهذا قال الكاساني أن الاستصناع « كالبيع » الذي فيه شرط الخيار للمتعاقدين إذا اسقط أحدهما خياره يبقى خيار الآخر (١٧) ..

ونسب الكاساني هذا القول الى أنه جواب ظاهر الرواية عن أبي حنيفة ، وأبى يوسف

(١٤) ٣٥٧/٥

(١٥) ٢٦٧٩/٦

(١٦) العناية مع فتح القدير ٣٥٧/٥

(١٧) البدائع ٢٦٧٩/٦



## رواية أخرى عن أبى حنيفة :

أوردت كتب الفقه الحنفى رواية أخرى عن أبى حنيفة فى هذه المسألة تقول هذه الرواية ان الصانع فى عقد الاستصناع له الخيار كالمستصنع .. ووجه هذه الرواية على ان التخير لهما فيه دفع الضرر عنهما وهو واجب .  
**جاء فى البدائع (١٨) :** ولأبى حنيفة أن لكل واحد منهما الخيار «على الصانع والمستصنع» .. ووجه رواية أبى حنيفة : أن فى تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه وأنه واجب .

**وجاء فى فتاوى الفياثية (١٩) :** قال الخطيب : أن الروايات مختلفه فى لزومه وعدمه .. والمختار ما روى أبو يوسف عن أبى حنيفة : أنه ليس بلزوم من الجانبين حتى لا يجبر الصانع على العمل .. ولا المستصنع على قبوله اذا أتى به الصانع .. بل يخير كل واحد منهما ..

**وفى العناية (٢٠) :** وعن أبى حنيفة : أن له الخيار أيضا « للصانع » ان شاء فعل ، وان شاء ترك دفعا للضرر عنه .. لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم واتلاف الخيط .

## \* الرواية الثانية عن أبى يوسف :

فى هذه المسألة أيضا جاءت رواية ثانية لأبى يوسف مفادها : أن كلا من الطرفين « الصانع والمستصنع » ملزم بالعقد ولأخير له . وقد وجهت هذه الرواية على أن الصانع قد أفسد متاعه ، وجاء بالمطلوب فلو لم يلزم المستصنع لأصاب الصانع ضرر .

**جاء فى البدائع (٢١) :** روى عن أبى يوسف : أنه لا خيار للصانع والمستصنع جميعا « أى أنه يلزمهما العقد » .

**وجه رواية أبى يوسف :** قال الكاسانى (٢٢) : أن الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة . فلو كان للمستصنع الامتناع عن أخذه لكان فيه اضرار بالصانع بخلاف ما اذا قطع الجلد ولم

(١٨) نفس المصدر السابق .

(١٩) الفتاوى الفياثية ص ١٥١ .

(٢٠) العناية مع فتح القدير ٣٥٥/٥ .

(٢١) البدائع ٢٦٨٠/٦ وما بعدها .

(٢٢) نفس المصدر السابق .

يعمل .. فقال المستصنع : لا أريد ! لأننا لا ندرى أن العمل يقع على الصفة المشروطة أو لا ؟ . فلم يكن الامتناع منه اضرار بصاحبه فثبت الخيار ..  
 أما صاحب العناية : فقد زاد على ذلك توضيحا لرأى أبى يوسف السابق فقال (٢٣) : أن في اثبات الخيار للمستصنع اضرار للصانع لأنه ربما لا يشتريه غيره بمثله .

#### \* الرأى المختار عند الكاسانى :

أيد الكاسانى ما جاء في جواب ظاهر الرواية القائل بأن العقد لازم بحق الصانع فقط .. وعلل هذا الترجيح بأن الاستصناع انما شرع لدفع حاجة المستصنع فعند عدم الزام الصانع لاتندفع هذه الحاجة .

جاء في البدائع (٢٤) : الصحيح جواب ظاهر الرواية لأن في اثبات الخيار للصانع ( أى عدم الزامه ) . ما شرع له الاستصناع وهو دفع حاجة المستصنع لأنه متى ثبت الخيار للصانع .. فكل ما فرغ عنه يبيعه من غير المستصنع .. فلا تندفع حاجة المستصنع .

#### \* مناقشة الكاسانى لرأى أبى يوسف في الرواية الثانية :

ناقش الكاسانى رأى أبى يوسف القائل : بأن عقد الاستصناع عقد لازم لكلا الطرفين .. لأن الصانع يتضرر بإثبات الخيار للمستصنع أى عدم الزامه بالعقد .

قال الكاسانى (٢٥) : أن هذا الكلام مسلم .. لكن ضرر المستصنع بابطال الخيار فوق ضرر الصانع بإثبات الخيار للمستصنع .. لأن المصنوع لم يلائمه وطولب بثمنه لا يمكنه بيع المصنوع من غيره بقيمة مثله .. ولا يتعذر ذلك على الصانع لكثرة ممارسته وانتصابه لذلك .. ولأن المستصنع اذا غرم ثمنه ولم تندفع حاجته لم يحصل ما شرع له الاستصناع .. وهو اندفاع حاجة المستصنع .. فلا بد من اثبات الخيار للمستصنع .

(٢٣) العناية مع فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .

(٢٤) البدائع ٢٦٧٧/٦ وما بعدها .

(٢٥) البدائع ٢٦٨٠/٦ .

## ٢ - بالنسبة للمستصنع :

أما المستصنع فنريد هنا بيان حكم التعامل الذي يقوم به بعد أن رأى المستصنع فيه ..... وفق المواصفات المطلوبة .. فهل العقد لازم بحقه أم لا ؟

اختلف فقهاء الحنفية في هذه المسألة بين فريقين :

❖ الأول : يرى أن المستصنع ملزم بالقبول إذا رآه وفق المواصفات المطلوبة .

❖ الثاني : يرى أن المستصنع غير ملزم وله الخيار .. ولو كان وفق المواصفات المطلوبة .. ولكل رأيه وحجته .. واليك التفصيل :

الأول : ذكر صاحب التحفة (٢٦) هذه المرحلة شارحا موقف المستصنع منها بقوله : فيما إذا رآه المستصنع .. فلا خيار له .. وذلك لأنه بيع في الذمة بمنزلة السلم ... ونسب صاحب التحفة هذا الرأي لأبي يوسف .  
❖ وجاء في الهداية (٢٧) في معرض الكلام عن المستصنع : وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما .

أما ابن الهمام : فقد قال (٢٨) : وأما المستصنع فلأن الصانع اتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل الى يده .. غلو ثبت له الخيار تضرر الصانع . لأن غيره لا يشترط به مثله . الا ترى ان الواعظ اذا استصنع منبرا ولم يأخذه ... فالعامي لا يشترطه أصلاً .. فان قبل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا .

وقد يرد اعتراض على هذا مثلما أورده ابن الهمام : وهو جواز أن يكون الرضا على ظن أن المستصنع مجبور على القبول .. وهذا راجع لجهل الصانع .. أجاب ابن الهمام على مثل مآلو اعتراض بمثل هذا الاعتراض بقوله (٢٩) : أن الجهل لا يصلح عذرا في دار الاسلام فيقال : أن خيار المستصنع . اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا . ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام علم أقوال جميع المجتهدين .. وإنما الجهل ليس بعذر بدار الاسلام في الفرائض التي لا بد لأقامة الدين فيها إلا في حيازة جميع المجتهدين وفيه نظر .. لأن غير الأب والجد اذا زوج الصغيرة بحر ثم بلغت .. فان لها خيار البلوغ ، فان سكنت لجهلها بأن لها الخيار ..

(٢٦) ٥٣٨/٢ .

(٢٧) الهداية مع فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .

(٢٨) فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .

(٢٩) فتح القدير ٣٥٥/٥ .

بطل خيارها .. فان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر في الفرائض التي لا بد  
لاقامة الدين فيها .

**قال السرخسي في مبسوطه (٢٠) :** اذا جاء الصانع بالمستصنع فيه  
كما وصفه المستصنع فلا خيار للمستصنع استحسانا .. رواية عن ابي  
يوسف .

**علة هذا :** علل الكاساني هذا بقوله : وذلك لدفع الضرر عن الصانع  
في اغساد اديمه وآلاته غربا لا يرغب غيره في شرائه .. على تلك الصفة ،  
فلدفع الضرر عنه قلنا بأنه لا يثبت له الخيار .. وغرق في ظاهر الرواية بين  
هذا والسلم .

وأضاف قائلا بأنه : لا فائدة في اثبات الخيار في السلم لأن المسلم فيه  
دين في الذمة .. واذا رد المتيوض عاد ديننا كما كان .. وهنا اثبات  
الخيار مقيد لأنه مبيع عين ، فبرده يفسخ العقد ويعود اليه رأس ماله ..  
ويوضح الفرق بين اعلام الدين بذكر الصفة اذ لا يتصور فيه المعاينة ..  
فقام ذكر الوصف في السلم فيه مقام الرؤية في بيع العين .. وأما اعلام  
العين : فتمامه بالرؤية ، والمستصنع فيه بيع عين .. فلهذا يثبت فيه  
خيار الرؤية ..

**\* الثاني :** يرى الفريق الثاني القائل أن المستصنع غير ملزم وله  
الخيار ولو كان موافقا للمواصفات المطلوبة :

**جاء في التحفة (٢١) :** اذا رآه المستصنع فله الخيار ان شاء اجاز وان  
شاء فسخ عند ابي حنيفة ومحمد .. وعلل ذلك بقوله : وهما يقولان انه  
بمنزلة العين المبيع الغائب (٢٢) .

**جاء في الفتاوى السعدية (٢٣) :** أن للمستصنع الخيار اذا رأى  
المصنوع لأنه اشترى مالم يره .

أما في فتح القدير ، وعند كلام صاحب البداية عن المستصنع اذا رأى  
المستصنع فيه فقد قال : وهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذه ، وان شاء  
تركه .. وذلك كما يقول صاحب الهداية لأنه اشترى مالم يره (٢٤) .

(٢٠) ١٣٩/١٢ .

(٢١) تحفة الفقهاء ٥٣٩/٢ .

(٢٢) جاء في تحفة الفقهاء في الحاشية : وفي رواية : العين المبيع للغائب وهو الاصح

(٢٣) ٥٧/٢ .

(٢٤) ٢٥٦/٥ .

#### \* الفصل الرابع : الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى نهايته :

هناك رأى أورده صاحب الدر المختار وعقب عليه ابن عابدين بأنه نفس رأى صاحب مختصر الوقاية من الكتب الحنفية .. مفاده : أن الصانع يجبر على الصنع أن تعاقد مع المستصنع على ذلك ويكون العقد بحقه لازما .. وكذلك المستصنع بنفس الحالة .

**جاء في حاشية ابن عابدين (١) نقلا عن صاحب الدر المختار :**  
فيجبر الصانع على عمله .. ولا يرجع عنه الأمر « المستصنع » .

**وجه هذا القول :** أن هذا الاستصناع بيع لا عده ، ولو كان عده لما لازم (٢) . ولما كان عقد البيع عقدا لازما عند الحنفية فما يشبهه يكون لازما مثله .. وهو هنا الاستصناع .

**اعتراض :** واعترض ابن عابدين على هذا الرأى فقال (٣) : قوله : فيجبر الصانع على عمله .. تبع في ذلك الدرر ومختصر الوقاية .. وهو مخالف لما ذكرنا آنفا عن عدة كتب « ويقصد بها البدائع ، فتح القدير بما فيه من كتب كالبداية والهداية والعناية » .. من أنه لا جبر فيه .. أى « أن عقد الاستصناع لا إلزام فيه للصانع ولا للمستصنع . واستشهد ابن عابدين على مخالفة الرأى القائل : بأن هذا العقد غير لازم .. بما ورد في أمهات كتب الفقه الحنفى كالبداية فقد ورد قولهم (٤) : أما صفة الاستصناع فهي أنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعا بلا خلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين وأن لكل واحد منهما الفسخ .. لأن القياس يقتضى أن لا يجوز الاستصناع لما عرفنا أن جوازه تم بالاستحسان بتعامل الناس ببقى اللزوم على أصل القياس .

(١) ٢٢٤/٥

(٢) نفس المصدر السابق .

(٣) نفس المصدر السابق .

(٤) البدائع ٢٦٧/٦

ونقلا عن التتار خانية : لايجبر المستصنع على اعطاء الدراهم ..  
وان شرط تعجيله هذا اذا لم يضرب له اجلا .. فان ضرب .. قال  
ابو حنيفة يصير سلما .. ولايبقى استصناعا حتى يشترط غيبه شرائط  
السلم .

\* \* \*

#### \* رأينا :

والذى يظهر لى مما تقدم .. ان العقد يصير لازما اذا مالتى الصانع  
بما صنع موافقا للمواصفات المطلوبة .. وهو رأى لابی يوسف فى روايته  
الثانية القائل بها : ان لكل من الطرفين الحق فى الزام صاحبه .. او بعبارة  
اخرى ان العقد لازم بحقهما .. ولاخيار لهما لعدة اسباب : منها ان الصانع  
جاء بالمطلوب وكونه جاء بالمطلوب صنعه قد اوفى بسد حاجة المستصنع ..  
فاذا ما اعطينا المستصنع الخيار ولو كان الشئ وفق المطلوب ففيه توسيع  
دائرة الضرر .. حيث ان الصناعات تطورت الآن ، وتحتاج الى تعاون  
الصانع مع المستصنع فى سد الحاجات .. فاذا علم الصانع بان المستصنع  
يتحلل من العقد ولو رآه وفق المواصفات .. فهذا يؤدى الى عدم التعاون  
فى سد الحاجات تلك .. وكذلك المستصنع ان لم يجد الصانع ملزم  
بالتسليم سيتضرر لسد حاجته .. وهذا غرر .. وقد نهى النبى صلى الله  
عليه وسلم عن الغرر .

اما رأى القائل بان العقد لازم منذ بدايته وحتى نهايته فهو رأى  
مرجوح اما رأى أبى يوسف فهو رأى وسط بين رأى أبى حنيفة ، ورأى  
من قال أنه لازم منذ بدايته وحتى نهايته — والله اعلم .

\* \* \*

## الفصل الخامس : آثار عقد الاستصناع :

عقد الاستصناع بوصفه الحالى أصبح عقدا شائعا ذائع الاستعمال يتشابه فى كثير من الاطراف بين مؤسسات ودول ومصانع وافراد .. فهو عقد يحكم الآن فى القرن العشرين الكثير من المعاملات .. ولهذا كانت آثاره واسعة ومتعددة .. والكلام عن هذه الآثار بتوسع يحتاج الى كثير من البحث والاستقصاء .. لكنى مع جهدى المتواضع أحاول فيما يلى أن أخص هذه الآثار فأقول :

ان الآثار التى تترتب على عقد الاستصناع هى على نوعين :

### النوع الأول : بالنسبة للصانع :

فبالنسبة للصانع ثبوت ملك الصانع فى الثمن .. حيث أن الصانع بعد التعاقد على صنع المطلوب يكون ثمن المستصنع فيه حق له .. قبيل المستصنع .. لكنه لا يدخل فى ملكه الا بعد قبضه .. ولا يستحق المطالبة به بمعنى أن لا يطالب المستصنع به الا بعد تسليم المستصنع فيه وفق المواصفات ، ورضى المستصنع به .

### النوع الثانى : بالنسبة للمستصنع :

أما بالنسبة للمستصنع .. فثبوت الملك له فى المبيع فى ذمة الصانع ان توافرت فى المستصنع فيه كافة المواصفات المطلوبة .. ورآه المستصنع ورضى به .. وملكه ملك غير لازم فيما ملك عند الجمهور .. ولازم عند البعض الآخر .

قال الكاسانى (١) : أما حكم الاستصناع : فهو ثبوت الملك للمستصنع فى العين المباعة فى الذمة .. وثبوت الملك للصانع فى الثمن ملكا غير لازم .

\* \* \*

---

(١) انظر البدائع ٢٦٧٩/٦

## \* الفصل السادس :

### \* لزوم عقد الاستصناع أو عدم لزمه في النظام الوضعي :

سبق وان ذكرنا أن النظام الوضعي جعل الاستصناع احدى ماصدق عليه عقد مسمى عندهم يسمى المقاوله .. فلهذا العقد يشمل الاستصناع كما يشمل الاجارة على الصنائع .. وبهذا الادماج ادخلوا عقد الاستصناع في عقد المقاوله .. وعقد المقاوله في النظام الوضعي عقد لازم .. فبالاستصناع في النظام الوضعي يكون عقدا لازما بحق الطرفين .. فكل من رب العمل والمقاول يلتزم بشيء نظمه له القانون الا أن هذا الالتزام لم يكن على اطلاقه ، فقد جوز المدنى المصرى لرب العمل التحلل من العقد في حالات لايجوز فيها للمقاول أن يتحلل .. وكذلك لم يعط للمقاول مثلما أعطى رب العمل هذا الحق أو مثله .

ويكون بهذا قد اتفق مع رأى أبى يوسف في الرواية الثانية عنه : بأن لا خيار لاحدهما عندما يصنع الصانع المطلوب وفق المواصفات المطلوبة، وأجيز للمستصنع « رب العمل » في المدنى المصرى ..... فسخ العقد ان كان مغايرا للأوصاف المطلوبة .

والمدنى المصرى يؤيد ما جاء في اقوال بعض الفقهاء عن المستصنع بأنه يجوز له الفسخ دون الصانع .. فأعطاه هذا الحق الذى لم يعطه للصانع وقد فصلنا هذا الرأى سابقا في هذا الباب .. والمدنى المصرى لم يفرق بين حالة ما قبل الصنع أو بعد الصنع لكونه لم يعرف مثل هذا التفريق . ولم يخطر ببال واضعيه كما هو واضح مما اطلعنا عليه من مراجع ومؤلفات لشراح هذا العقد .

وقد تكلم أيضا دافيد (١) في رسالته عن التزامات الصانع والمستصنع الشيء الكثير كما تكلم المدنى المصرى (٢) عن هذا الموضوع ، والسنهورى في الوسيط (٣) ما ليس له مكان في بحثنا هنا .

(١) رسالة الاستصناع ص ٥٩ - ١٥٢

(٢) المواد التالية في المدنى المصرى نارجع اليها : م/٦٤٧ ، ٢/٤ ، م/٦٤٨

(٣) الوسيط للسنهورى ٦٤/٧ - ١٤٣



## الباب السادس أمور تتعلق بعقد الاستصناع

ويتكون هذا الباب من تسعة فصول :

\* \* \*

- الفصل الأول : خيار الرؤية عند أصحاب الاتجاه الأول .
- الفصل الثاني : خيار العيب ، عند أصحاب الاتجاه الأول .
- الفصل الثالث : خيار الرؤية والعيب في النظام الوضعي .
- الفصل الرابع : التنازع بين طرفي عقد الاستصناع .
- الفصل الخامس : الظروف الطارئة .
- الفصل السادس : الشرط الجزائي في عقد الاستصناع .
- الفصل السابع : رأي المعاصرين في عقد الاستصناع .
- الفصل الثامن : دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستصناع .
- الفصل التاسع : ما ينتهي به عقد الاستصناع ؛
  - أ- من جهة الصانع .
  - ب- من جهة المستصنع .

1. The first part of the paper is devoted to the study of the properties of the function  $f(x)$  defined by the equation  $f(x) = \sum_{n=0}^{\infty} a_n x^n$ , where  $a_n = \frac{1}{n!}$ . It is shown that  $f(x) = e^x$  for all  $x$ .

2. In the second part, the function  $f(x)$  is studied for  $x > 0$ . It is shown that  $f(x) > 1$  for all  $x > 0$ .

3. In the third part, the function  $f(x)$  is studied for  $x < 0$ . It is shown that  $f(x) < 1$  for all  $x < 0$ .

4. In the fourth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 0$ . It is shown that  $f(0) = 1$ .

5. In the fifth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 1$ . It is shown that  $f(1) = e$ .

6. In the sixth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -1$ . It is shown that  $f(-1) = \frac{1}{e}$ .

7. In the seventh part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 2$ . It is shown that  $f(2) = e^2$ .

8. In the eighth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -2$ . It is shown that  $f(-2) = \frac{1}{e^2}$ .

9. In the ninth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 3$ . It is shown that  $f(3) = e^3$ .

10. In the tenth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -3$ . It is shown that  $f(-3) = \frac{1}{e^3}$ .

11. In the eleventh part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 4$ . It is shown that  $f(4) = e^4$ .

12. In the twelfth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -4$ . It is shown that  $f(-4) = \frac{1}{e^4}$ .

13. In the thirteenth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 5$ . It is shown that  $f(5) = e^5$ .

14. In the fourteenth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -5$ . It is shown that  $f(-5) = \frac{1}{e^5}$ .

15. In the fifteenth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 6$ . It is shown that  $f(6) = e^6$ .

16. In the sixteenth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -6$ . It is shown that  $f(-6) = \frac{1}{e^6}$ .

17. In the seventeenth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 7$ . It is shown that  $f(7) = e^7$ .

18. In the eighteenth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -7$ . It is shown that  $f(-7) = \frac{1}{e^7}$ .

19. In the nineteenth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 8$ . It is shown that  $f(8) = e^8$ .

20. In the twentieth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -8$ . It is shown that  $f(-8) = \frac{1}{e^8}$ .

21. In the twenty-first part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 9$ . It is shown that  $f(9) = e^9$ .

22. In the twenty-second part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -9$ . It is shown that  $f(-9) = \frac{1}{e^9}$ .

23. In the twenty-third part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 10$ . It is shown that  $f(10) = e^{10}$ .

24. In the twenty-fourth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -10$ . It is shown that  $f(-10) = \frac{1}{e^{10}}$ .

25. In the twenty-fifth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 11$ . It is shown that  $f(11) = e^{11}$ .

26. In the twenty-sixth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -11$ . It is shown that  $f(-11) = \frac{1}{e^{11}}$ .

27. In the twenty-seventh part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 12$ . It is shown that  $f(12) = e^{12}$ .

28. In the twenty-eighth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -12$ . It is shown that  $f(-12) = \frac{1}{e^{12}}$ .

29. In the twenty-ninth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 13$ . It is shown that  $f(13) = e^{13}$ .

30. In the thirtieth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -13$ . It is shown that  $f(-13) = \frac{1}{e^{13}}$ .

31. In the thirty-first part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 14$ . It is shown that  $f(14) = e^{14}$ .

32. In the thirty-second part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -14$ . It is shown that  $f(-14) = \frac{1}{e^{14}}$ .

33. In the thirty-third part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 15$ . It is shown that  $f(15) = e^{15}$ .

34. In the thirty-fourth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -15$ . It is shown that  $f(-15) = \frac{1}{e^{15}}$ .

35. In the thirty-fifth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 16$ . It is shown that  $f(16) = e^{16}$ .

36. In the thirty-sixth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -16$ . It is shown that  $f(-16) = \frac{1}{e^{16}}$ .

37. In the thirty-seventh part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 17$ . It is shown that  $f(17) = e^{17}$ .

38. In the thirty-eighth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -17$ . It is shown that  $f(-17) = \frac{1}{e^{17}}$ .

39. In the thirty-ninth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 18$ . It is shown that  $f(18) = e^{18}$ .

40. In the fortieth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -18$ . It is shown that  $f(-18) = \frac{1}{e^{18}}$ .

41. In the forty-first part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 19$ . It is shown that  $f(19) = e^{19}$ .

42. In the forty-second part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -19$ . It is shown that  $f(-19) = \frac{1}{e^{19}}$ .

43. In the forty-third part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 20$ . It is shown that  $f(20) = e^{20}$ .

44. In the forty-fourth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -20$ . It is shown that  $f(-20) = \frac{1}{e^{20}}$ .

45. In the forty-fifth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 21$ . It is shown that  $f(21) = e^{21}$ .

46. In the forty-sixth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -21$ . It is shown that  $f(-21) = \frac{1}{e^{21}}$ .

47. In the forty-seventh part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 22$ . It is shown that  $f(22) = e^{22}$ .

48. In the forty-eighth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -22$ . It is shown that  $f(-22) = \frac{1}{e^{22}}$ .

49. In the forty-ninth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 23$ . It is shown that  $f(23) = e^{23}$ .

50. In the fiftieth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -23$ . It is shown that  $f(-23) = \frac{1}{e^{23}}$ .

51. In the fifty-first part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 24$ . It is shown that  $f(24) = e^{24}$ .

52. In the fifty-second part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -24$ . It is shown that  $f(-24) = \frac{1}{e^{24}}$ .

53. In the fifty-third part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 25$ . It is shown that  $f(25) = e^{25}$ .

54. In the fifty-fourth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -25$ . It is shown that  $f(-25) = \frac{1}{e^{25}}$ .

55. In the fifty-fifth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 26$ . It is shown that  $f(26) = e^{26}$ .

56. In the fifty-sixth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -26$ . It is shown that  $f(-26) = \frac{1}{e^{26}}$ .

57. In the fifty-seventh part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 27$ . It is shown that  $f(27) = e^{27}$ .

58. In the fifty-eighth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -27$ . It is shown that  $f(-27) = \frac{1}{e^{27}}$ .

59. In the fifty-ninth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 28$ . It is shown that  $f(28) = e^{28}$ .

60. In the sixtieth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -28$ . It is shown that  $f(-28) = \frac{1}{e^{28}}$ .

61. In the sixty-first part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 29$ . It is shown that  $f(29) = e^{29}$ .

62. In the sixty-second part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -29$ . It is shown that  $f(-29) = \frac{1}{e^{29}}$ .

63. In the sixty-third part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 30$ . It is shown that  $f(30) = e^{30}$ .

64. In the sixty-fourth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -30$ . It is shown that  $f(-30) = \frac{1}{e^{30}}$ .

65. In the sixty-fifth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 31$ . It is shown that  $f(31) = e^{31}$ .

66. In the sixty-sixth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -31$ . It is shown that  $f(-31) = \frac{1}{e^{31}}$ .

67. In the sixty-seventh part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 32$ . It is shown that  $f(32) = e^{32}$ .

68. In the sixty-eighth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -32$ . It is shown that  $f(-32) = \frac{1}{e^{32}}$ .

69. In the sixty-ninth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 33$ . It is shown that  $f(33) = e^{33}$ .

70. In the seventieth part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -33$ . It is shown that  $f(-33) = \frac{1}{e^{33}}$ .

71. In the seventy-first part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = 34$ . It is shown that  $f(34) = e^{34}$ .

72. In the seventy-second part, the function  $f(x)$  is studied for  $x = -34$ . It is shown that  $f(-34) = \frac{1}{e^{34}}$ .

73. In the seventy-third part, the function <

1. The first step in the process is to identify the problem or issue that needs to be addressed. This involves gathering information and understanding the context of the problem.

## الفصل الأول : خيار الرؤية عند اصحاب الاتجاه الأول

### تمهيد :

خيار الرؤية نوع من انواع الخيارات التي تكلم عنها الفقهاء ، وأصل العمل به عند فقهاء الحنفية مارواه مكحول برغوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : « من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه » . ان شاء أخذه وان شاء تركه » (١) . .

ويثبت خيار الرؤية شرعا لاشترط كخيار العيب . . والمعقود التي يثبت فيها خيار الرؤية هي (٢) : ( عقد البيع ، الاجارة ، الصلح عن دعوى المال ، القسمة ونحو ذلك ) ومجمل الكلام في هذا انه يثبت في كل ماينفسخ العقد فيه برده ، وما لا غلا (٣) .

### \* المبحث الأول : شروط ثبوت خيار الرؤية :

شروط ثبوت خيار الرؤية هي مايلي (٤) :

١ — ان يكون المبيع مما يتعين بالتعيين (٥) . . فان كان مما لايتعين بالتعيين لايثبت فيه الخيار حتى انهما لو تبايعا عينا يعين لثبت الخيار لكل واحد منهما اما لو تبايعا ديناً بدين لمسا ثبت الخيار لواحد منهما . . اما لو اشترى عينا بدين فله المشتري الخيار ولاخيار للبائع . .

٢ — ان تكون العين التي بيعت لم يرها المشتري (٦) عند البيع . . فان اشتراه وهو يراه ، فلا خيار له لان الأصل هو لزوم العقد وانبراه ، والخيار يثبت شرعا بالنص ، والنص ورد بالخيار فيما لم يره المشتري .

---

(١) روى برسلا ومسندا . فالمسند أخرجه الدارقطني في البيوع ، انظر نصب الرواية في تخريج احاديث الهداية ١/٤  
(٢) انظر البدائع ٣٣٦٢/٧ ومايعدها  
(٣) فلا يثبت في المهر وبديل الخلع والصلح عن دم العمد : انظر البدائع ٣٣٦٢/٧ ومايعدها .

(٤) نفس المصدر السابق ، انظر شرح فتح القدير ١٤١/٥  
(٥) وما لايتعين بالتعيين لايملك بالعمد ، وانما يملك بالقبض فلا يرد عليه الفسخ .  
(٦) انظر البدائع ٣٣٦٢/٧ ومايعدها ، وانظر شرح فتح القدير ١٤١/٥

## \* المبحث الثاني : وقت ثبوت خيار الرؤية :

أما بيان وقت ثبوت خيار الرؤية فهو وقت الرؤية للشئ المباع بالذات (٧) .. لا قبلها .. غلو أجاز المشتري البيع قبل رؤيته للمبيع ورضى به صريحا ، فقال أجزت أو رضيت ، أو مايجرى هذا المجرى ثم رآه فله أن يرده للحديث المذكور اعلاه .

**أما الفسخ قبل الرؤية ..** فقال بعض الفقهاء : لا يجوز لأنه لا خيار قبل الرؤية ولهذا لم تجز الاجازة فلا يجوز الفسخ .

وقال البعض الآخر : يجوز له فسخ العقد وهو الصحيح .. لأن العقد بالنسبة لمن له خيار الرؤية عقد غير لازم ومعنى عدم اللزوم هو جواز التحلل من العقد دون توقف على رضا الطرف المقابل وهو البائع .

## \* المبحث الثالث : حكم العقد عند قيام خيار الرؤية :

عند قيام خيار الرؤية .. يكون العقد (٨) غير لازم بالنسبة للمشتري .. لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه .

ولأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خلافا فيه واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار .. ولأن من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له إذا رآه فيحتاج الى التدارك .. فيثبت الخيار لما كان التدارك عند الندم .

أما البائع لما لم يره .. فهل يلزم العقد بحقه ؟ هناك روايتان عند أبى حنيفة :

**الأولى :** أنه كان يقول : لا يلزم ويثبت له الخيار .

**وجه الرواية :** أن المعانى التى من أجلها يثبت هذا الخيار في شراء المشتري لما لم يره هذه المعانى أيضا موجودة في بيع مالم يره البائع .. فمرود الشارع بالخيار في شراء مالم يره .. يكون ورود دلالة في بيع الانسان مالم يره .

**الثانية :** أما الرواية الثانية فهي أن لا خيار للبائع ويلزم العقد بحقه .

(٧) انظر البدائع ٢٣٦٦/٧ وما بعدها ، انظر شرح فتح القدير ١٤١/٥  
(٨) نفس المصدر السابق ٢٣٦٠/٧ وما بعدها ، وفتح القدير ١٢٧/٥ - ١٤٠

**وجه الرواية الثانية :** ووجه ذلك ما روى (١) أن عثمان بن عفان - رضى الله عنه - باع أرضا له من طلحة بن عبيد الله - رضى الله عنه - ولم يكونا رايها فقيل لعثمان - رضى الله عنه - غبنت فقال : لى الخيار لأنى بعته مالم أراه . . . وقيل لطلحة مثل ذلك فقال : لى الخيار لأنى اشتريت مالم أراه . فحكما فى ذلك جبير بن مطعم - رضى الله عنه - فغضى بالخيار لطلحة - رضى الله عنه - .

وكان ذلك بمحض من الصحابة - رضى الله عنهم - ولم ينكر عليه أحد منهم فكان اجماعا منهم على ذلك . . . ولأن المشتري مالم يره مشتر على أنه خير مما ظن فيكون بمنزلة مشتر شيئا على أنه جيد فإذا هو ردى . . . ويتطبيق ماسبق على عقد الاستصناع . . . يكون الخيار للمستصنع . . . لأن الصانع بائع لشيء رآه أو لم يره ، وفى كلتا الحالتين لا يثبت الخيار له .

#### \* المبحث الرابع : مسقطات خيار الرؤية :

ان مسقطات خيار الرؤية عند فقهاء الحنفية على نوعين (١٠) :

- ١ - اختياري .
- ٢ - ضروري .

#### أما الاختياري : فنوعان : هما :

**الأول : التصريح بالرضا والاختيار** ممن له خيار الرؤية فى المبيع . . . أو ما يقوم مقام التصريح . . . سواء علم البائع أم لم يعلم . . . لأن الأصل فى البيع المطلق اللزوم ، والامتناع عن اللزوم لخلل فى الرضا . . . فإذا أجاز ورضى فقد زال المانع فيلزم البيع .

**الثانى : الدلالة على الرضا :** وهو أن يوجد من المشتري تصرف فى المبيع بعد الرؤية يدل على الإجازة والرضا . . . نحو ما إذا قبضه بعد الرؤية . . . لأن القبض بعد الرؤية دليل على الرضا بلزوم البيع . . . كأن

(١) انظر فتح التدير ١٤٠/٥ ، وانظر الرواية التى فى السنن الكبرى للبيهقى ٢٦٨/٥ التى جاء فيها : أن عثمان - رضى الله عنه - ابتاع من طلحة بن عبيد الله أرضا بالمدينة . نائلة بأرض له بالكوفة . فلما تباينا ندم عثمان ثم قال : بايعتك مالم أراه . فقال طلحة : انما انظر لى انما ابتعت مغيبا ، وأما أنت فقد رأيت ما ابتعت . فجعل بينهما حكما ، فحكما جبير بن مطعم فغضى على عثمان أن البيع جائز ، وأن النظر لطلحة أنه ابتاع مغيبا . انظر الغرر للضرير من ٤٠٢ .

(١٠) انظر البدائع ٣٣٦٩/٧ . والهداية ١٤٢/٥

يعرض السلعة مثلا للبيع فتد رضى بها . . او يخرج بعضه عن ملكه فنعذد  
يسقط خياره عن الباقي ولزم البيع فيه كله .

#### اما الضرورى للخيار نوعان :

**الاول :** هو كل مايسقط به الخيار ويلزم البيع من غير صنعة نحو :  
موت المشتري ، اجازة أحد الشريكين فيما اشترياه ولم يرياه دون صاحبه  
عند أبى حنيفة .

#### الثانى : يكون بأحد امرين :

- أ - هلاك بعض المبيع فى يد المشتري . . او انتقاصه بالعيب بأفة  
سماوية أو بفعل أجنبى ، أو بفعل البائع عند أبى حنيفة ومحمد.
- ب - الزيادة الحاصلة فى يد المشتري زيادة منفصلة أو متصلة  
« متولدة ، أو غير متولدة » على تفصيل محله كتب الفروع  
فى ذلك .

\* \* \*

## ❖ الفصل الثاني : خيار العيب عند أصحاب الاتجاه الأول :

### ❖ المبحث الأول : مشروعية خيار العيب عند الحنفية (١) :

خيار العيب شرع بناء على ما روي أبو هريرة ( رضى الله عنه ) أن رسول الله ( ص ) قال (٢) : « من ابتاع شاة مصراة فهو غيبا بالخيار ثلاثة أيام . ان شاء أمسكها ، وان شاء ردها ، ورد معها صاعا من تمر » . .

**وجه الدلالة :** وجه الدلالة من الحديث أن الأمرين اللذين ذكرهما الرسول صلى الله عليه وسلم هما : نظر الإمساك والرد أما ذكر الثلاث في الحديث فهو ليس للتوقيت ، لأن هذا النوع من الخيار ليس بمؤقت بل هو بناء الأمر على الغالب المعتاد . . لأن المشتري ان كان به عيب يقف عليه المشتري في هذه المدة عادة . . غيرضى به فيمسكه أو لايرضى به فيرده ، والصاع من التمر كانه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري ، علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق المشاهدة .

### ❖ المبحث الثاني : وقت ثبوت خيار العيب :

أما متى يثبت خيار العيب فهو يثبت (٣) : بالشرط دلالة . اذ أن سلامة المبيع من العيب شرط ضمنى في العقد . . ولما كانت السلامة مشروطة في العقد دلالة فقد صارت كالمشروط نصا .

فاذا غابت المساواة كان له الخيار ، كما اذا اشترى جارية على أنها بكر ، أو على أنها طبخة فلم يجدها كذلك .

وخيار العيب يثبت في العقود التى تحتل الفسخ كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن مال العمد .

### ❖ المبحث الثالث : شروط ثبوت خيار العيب :

شروط ثبوت خيار العيب هي مايلي :

**اولا : ان يكون العيب مؤثرا في قيمة المبيع (٤) :** فكل مايوجب نقصان

(١) انظر البدائع ٢٣١٧/٧

(٢) رواء مسلم : انظر مختصر مسلم رقم الحديث /٩٢٨ وهناك رواية أخرى بالبدائع

١٣١٧/٧ . وروي أحمد في مسنده (من اشترى شاة محملة مصراة فهو بخير النظرين :

انظر مسند أحمد ٢٣١٧/٢

(٣) انظر البدائع ٢٣١٧/٧

(٤) انظر البدائع ٢٣١٩/٧

الثلث في عادة التجار نقصانا فاحشا او يسيرا فهو عيب يوجب الخيار .. وما لا غلا .. كالهشم في الأواني .. كان في السابق يعد مؤثرا في قيمة المبيع .. فقد يكون في وقت من الأوقات غير مؤثر غلا يعد نقصانا .. وقد اسهب الفقهاء في ذكر ما يعد مؤثرا وما لا يعد .. يرجع اليها في كتب الفروع .

**ثانيا : أن يكون العيب قديما (٥) :** يشترط ثبوت العيب عند البيع او بعده قبل التسليم حتى لو حدث بعد ذلك لا يثبت . لأن ثبوته لفوات صفة السلامة المشروطة في العقد دلالة .. وقد حصلت السلعة سليمة في يد المشتري .. وهذا يعنى أن العيب قديم .. لأنه اذا كان بعد التسليم مثلا يكون حديثا .. غلا يلزم البائع بالرد عندئذ .. وقد عدد الفقهاء حالات كثيرة هي من كلا النوعين القديم والحديث للتفريق بينها ليس محلها هنا .

**ثالثا : أن يكون العيب غير معلوم للمشتري :** ويشترط عدم علم المشتري بوجود العيب عند العقد (٦) .. فان علم به فلا خيار له .. فالجهل من قبل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض يكون شرطا في ثبوت العيب . لأن الاقدام على الشراء مع العلم بالعيب رضا به دلالة .. وكذا اذا لم يعلم عند العقد ثم علم بعده قبل القبض . لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض .. فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد .

**رابعا : ألا يكون البائع قد اشترط البراءة عن العيب :** اشترط الحنفية لخيار العيب عدم اشتراط البائع البراءة عن العيب في البيع (٧) لأن شرط البراءة عن العيب في البيع عندهم صحيح فهو بمثابة الإبراء من المشتري للبائع من العيوب التي قد توجد في المبيع .. فاذا أبراه فقد أسقط حق نفسه فصح الاسقاط فيسقط خيار العيب ضرورة .

#### ✽ المبحث الرابع : كيفية الرد بخيار العيب :

أما كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته .. فالمبيع لا يخلو اما ان يكون في يد البائع او في يد المشتري :

**فان كان في يد البائع قبل القبض :** يفسخ البيع بقبول المشتري : رددت .. ولا يحتاج الى قضاء القاضي ولا الى التراضى بالاجماع ..  
**وان كان في يد المشتري :** لا يفسخ الا بقضاء ، او بالتراضى عند الحنفية ، واذا رد المبيع انفسخ العقد .

(٥) نفس المصدر السابق ٢٣٢٢/٧

(٦) نفس المصدر السابق ٣٢٢٤/٧

(٧) نفس المصدر السابق ٣٢٢٤/٧



## \* المبحث الخامس : مسقطات خيار العيب :

مسقطات خيار العيب عديدة نجلها فيما يلي (٨) :

١ — **هلاك المفقود عليه قبل القبض** : يسقط خيار العيب لهلاك المبيع قبل قبضه لضرورة غوات المحل « أى المبيع الذى يكون به عيب » ..  
٢٢ — **الرضا من المشتري بالعيب** : يرى الحنفية انه يسقط خيار العيب بعد العلم بالعيب .

٣ — **نقصان المبيع** : اذا تعذر رد المبيع لنقصان وجده فى المبيع فيسقط خيار العيب .. لأن البائع هو السبب .. سواء كان النقصان فى المبيع قبل القبض أو بعده . وسواء كان بأفة سماوية أو بفعل المشتري ، أو بفعل البائع ، أو بفعل المبيع ، أو بفعل أجنبى .. وكل منها لها حكم تفصيلها فى كتب الفروع .

٤ — **الزيادة فى المبيع** : والزيادة فى المبيع اما أن تكون منفصلة متولدة من المبيع بعد القبض أو بعده .. أو كانت الزيادة متصلة فى المبيع بعد القبض أو بعده فهذه تمنع الرد بالعيب .

\* واما المنفصلة المتولدة من الأصل فلا تمنع الرد .. وعلى أى حال فتفصيلها كتب الفروع .

٥ — **اسقاط الخيار صراحة** : يسقط خيار العيب بالتصريح باسقاط الخيار أو بما فيه معنى التصريح نحو أن يقول المشتري أسقطت الخيار ، أو أبطلت ، أو ألزمت البيع ، أو أوجبته ومايجرى هذا المجرى .. لأن خيار العيب حقه ، والإنسان له أن ينزل عنه .

٦ — **تصرف المشتري فى المبيع** : ويسقط خيار العيب بتصرف المشتري فى المبيع بأن يخرج مالا عن ملكه حتى قبل علمه بالعيب لتعذر رد المبيع الى البائع كأن يبيعه أو يهبه .

---

(٨) انظر البدائع ٣٢٢٥/٧ ومابعدها .

### ✽ الفصل الثالث : خيار الرؤية والعيب في النظام الوضعى :

عالج النظام الوضعى عيوب الارادة فجعل العقود التى شابها غلط ، او تدليس او اكراه ، او استغلال .. عقودا قابلة للابطال لمصلحة العاقد الذى عاب ارادته غلط او تدليس او اكراه او استغلال .. وهذه مرتبة وسطى فى العقود .. فالعقود فى نظر النظام الوضعى .. اما صحيحة او باطلة او قابلة للابطال .

**قال السنهورى (١) :** ان الصناعة فى الفقه الاسلامى قد وصلت الى درجة كبيرة من الرقى فى الخيارات : ومنها خيار الرؤية والعيب .

✽ **المبحث الأول : خيار الرؤية :** وهذا الخيار لا يمنع من الانعتاد فى حق الحكم .. ولكنه يمنع تمام الحكم بعد القبض .. فالصفقة اذن لم تتم .. فيستطيع من له الاختيار نقض العقد بارادته المنفردة دون حاجة الى تراض او تقاض .

ولما كان خيار الرؤية من حق الشرع لامن حق العبد .. فلا يجوز اسقاطه قصدا بصريح الاسقاط .. وانما يسقط ضمنا باجازة العقد .. ولا ينتقل خيار الرؤية بالميراث لانه متصل بالمشيئة لا بالعين .. فاذا مات من له الخيار .. لزم العقد ..

✽ **المبحث الثانى : خيار العيب :** وهذا الخيار لا يمنع تمام الحكم كما يمنعه خيار الرؤية لكنه يمنع لزوم الحكم قبل القبض .. فالصفقة اذن لم تتم قبل القبض .. وتتم بعد القبض فيستطيع من له الخيار قبل القبض نقض العقد بارادته المنفردة دون حاجة الى تراض او تقاض .

اما بعد القبض وقد تمت الصفقة فلا يستطيع من له الخيار الا فسخ العقد .. ولا بد للفسخ من التراضى او التقاضى .. ولما كان خيار العيب من حق العبد لامن حق الشارع غانه يجوز اسقاطه مقصودا بصريح الاسقاط ..

وينتقل خيار العيب بالميراث لانه متصل بالعين اكثر من اتصاله بالمشيئة .  
**ولعل الفقه الغربى فى هذه المسائل (٢) لم يصل الى هذا الحد من الدقة والاحكام ويعرف الفقه الغربى الشرط الواقف، والشرط الفاسخ .. ولا يعرف بينهما مرتبة وسطى .**

**اما الفقه الاسلامى :** فيعرف هذه المرتبة الوسطى .. فخيار الرؤية عنده مرتبة وسطى بين خيار الشرط وخيار العيب .. وليس لهذا التدرج نظير فى الفقه الغربى .

(١) مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ٢٨١/٢ - ٢٨٥

(٢) مصادر الحق ٢٨١/٢ - ٢٨٥

## الفصل الرابع : التنازع بين طرفي عقد الاستصناع :

تحصل المنازعات في عقود المعاوضات بين طرفي أى عقد فيها في غالب الأحوال ومنها الاستصناع . غلو حصل نزاع واختلف المتعاقدان « الصانع والمستصنع » وادعى كل واحد منهما شيئاً على صاحبه .. فهل يسرى على هذا النزاع مايسرى في انواع المعاملات في اصول التقاضى بين المتنازعين ؟

هذا ماوردنا بيانه هنا فنقول : أن الاستصناع يسرى على النزاع فيه بشأن العوض والمعوض عنه وتنفيذ الشروط والالتزامات وبدل الثمن .... الخ . الخاصة به مايسرى على كل عقود المعاوضات المالية من اصول المحاكمات والمرافعات .. وهناك أمور نص عليها فقهاء الحنفية خاصة بهذا العقد نجملها فيمايلي :

**لايمين على الطرفين : جاء في الفتاوى الهندية (١) :** أن زعم الأمر « المستصنع » أنه لم يفعل كما شرط وادعى الصانع خلافه .. قالوا : لايمين فيه لأحدهما على الآخر .

وان ادعى الصانع على رجل أمره بعمل فأنكر الأمر « المستصنع » يلحف أيضا (٢) .

**النزاع في عدم ضبط المواصفات المطلوبة :** اذا استصنع الرجل عند الرجل خفين فلما فرغ منه قال المستصنع ليس هكذا أمرتك .. وقال الاسكاف بهذا أمرتنى : يكون مايلي (٣) :

- ١ — فالقول قول المستصنع لأن الاذن يستفاد من جهة المستصنع ..
- ٢ — ولا يمين على المستصنع لأن توجه اليمين ينبنى على دعوى تلزمه الجواب وذلك لا يوجد هنا .. فان للمستصنع أن يأبى .

---

(١) الفتاوى الهندية ٨/٥

(٢) المعروف أن الأصل عند أبى حنيفة وأبى يوسف : أن قيام المبيع في باب البيع شرط جريان التحالف في المبيع الهالك . ولما كان بالاستصناع يتم هلاك المادة الخام بتحويلها أثناء الصنع فيكون شرط جريان التحالف معدوم في الاستصناع .. انظر

البدايع ٢٦٦٥/٦

(٣) المنسوط ٩٣/١٢

### النزاع مع ضبط المواصفات المطلوبة :

جاء في المبسوط (٤) ان لم يكن الصانع مخالفا للأوصاف المطلوبة فلا فائدة في استحقاقه .. ولو أقام العامل البينة لم يلزم الأمر .. لأن الثابت بالبينة كالتأيت باقرار الخصم .

ولو قال المستصنع بهذا أمرتك .. ولكن لاأريده .. كان له ذلك لما بينا : أن الخيار ثابت للمستصنع بسبب عدم الرؤية .

\* \* \*

---

(٤) المبسوط للسرخسي ١٣/١٢

## الفصل الخامس : الظروف الطارئة :

ان قواعد الظروف الطارئة في الفقه الاسلامي ، لاحاجة لنا في اللجوء الى استعمالها اذا جد للصانع ما يمنعه عن تنفيذ ماتهتد علىه . . هذا اذا اعتمدنا على القول الراجع في ان الاستصناع عقد غير لازم . . لان العقد غير اللازم ينتهى بالرجوع فيه ويسمى هذا الرجوع فسخا (١) . .

اما اذا سرنا على الراى القائل : بلزوم هذا العقد . . وطرات ظروف قاهرة منعت الصانع من اتمام ماطلبه منه المستصنع ، ففي الامكان تطبيق قواعد الظروف الطارئة وهى قواعد وردت صريحة في كتب الفقه الاسلامي (٢) . . وبناء على هذا يقال للمستصنع اذا طرا ما يمنعه الصانع من اتمام ماتهتدت عليه كان حدثت حرب منعت ورود الخامات التى سيصنع منها المطلوب . . او جرت عاصفة اغرقت المركب الشراعى مثلا والمحمل عليه المادة الخام او المطلوب صنعها . . او شب حريق في المصنع اتى على كل ما فيه فيقال للمستصنع انت بالخيار : اما ان تصبر حتى يتمكن الصانع صنع ما اتفق عليه . . او لك الحق في ازالة كل اتفاق بخصوص هذا الموضوع .

(١) نظرية الالتزام للمطار ص ٢٦٢

(٢) كشاف المتناع للبهوتى ٢٥٦/٣ وبأبعدها .

## الفصل السادس : الشرط الجزائي في عقد الاستصناع :

لم يكن الشرط الجزائي معروفا بهذا الاسم لدى فقهاءنا الأقدمين .. وانما جاء ذكره في صور مسائل فقهية .. ولعل أول وجوده ماروى البخارى في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلا قال لكره « أدخل ركابك : فان لم أرحل معك يوم كذا أو كذا غلك مائة درهم فلم يخرج . فقال شريح : من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه . وقال أيوب : عن ابن سيرين أن رجلا باع طعاما وقال « ان لم آتكَ الأربعاء فليس بينى وبينك بيع ، فلم يجيء فقال شريح للمشتري أنت اخلت ففضى عليه (١) » .

أما الفقهاء المعاصرون فقد تعرضوا لبحثه في كتبهم بهذا الاسم وبينوا العوامل التى أدت الى التوسع فى الأخذ به ..

**قال الزرقا (٢) :** فى أواخر العهد العثمانى اتسعت فى الدولة التجارة الخارجية مع أوربا وتطورت أساليب التجارة الداخلية ، والصنائع ، وتولدت فى العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة ... واتسعت مجالات عقود الاستصناع فى التعامل بطريق الإيصاء على المصنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية ..... وقد ضاعف احتياج الناس الى أن يشترطوا فى عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذى يتأخر عن تنفيذ التزامه فى حينه .. ومثل هذا الشرط يسمى فى اصطلاح الفقه الأجنبى « **الشرط الجزائى** » ..

**والشرط الجزائى هو (٣) :** اتفاق يقصد منه المتعاقدان سلفا التعويض الذى يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر فى تنفيذه .

وبعد استعراض المسائل التى يمكن أن يقاس عليها الشرط الجزائى وتأمل قوله تعالى : **( ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود )** .. وما روى عنه صلى الله عليه وسلم : **« المسلمون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا »** والاعتماد على القول الصحيح من أن الأصل فى الشروط

(١) صحيح البخارى مع فتح البارى ٢٦٢/٥

(٢) المدخل الفقهى العام للزرقا مقرة /٣٨٦

(٣) الموسومة العربية الميسرة . نقلا عن مجلة البحوث الإسلامية . مجلد ١ العدد ٢

الصحة .. وانه لا يحرم فيها ويبطل الا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله  
نصا أو قياسا .. وبتطبيق الشرط الجزائي على أنواع الشروط وظهور  
انه من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد .. اذ هو حافظ لاكمال العقد  
في وقته المحدود له .. والاستثناس بما رواه البخارى في صحيحه بسنده  
عن ابن سيرين أن رجلا قال لكريه : ادخل ركابك .. فان لم أرحل معك  
يوم كذا وكذا . فلك مائة درهم غلم يخرج فقال شريح : من شرط على نفسه  
طائعا غير مكره فهو عليه ..... الحديث .

وغضلا عن ذلك .. فهو في مقابلة الاخلال بالالتزام حيث أن الاخلال  
به مظنة الضرر وتفويت المنافع .. وفي القول بتصحيح الشرط الجزائي  
سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله .. وسبب من أسباب  
الحفز على الوفاء بالعهود ، والعقود تحقيقا لقوله تعالى : ( يا أيها الذين  
آمنوا أوفوا بالعقود .... الآية ) .

فان الشرط الجزائي الذي يجرى اشتراطه في العقود شرط صحيح  
معتبر يجب الأخذ به .. مالم يكن هناك عذر في الاخلال بالالتزام الموجبه له .

فيكون العذر مستقلا لوجوبه حتى يزول ، وإذا كان الشرط الجزائي  
كثيرا عرفا بحيث يراد به التهديد المالى .. ويكون بعيدا عن مقتضى  
القواعد الشرعية للعقود ، فيجب الرجوع في ذلك الى العدل والانصاف ،  
على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة .

ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف الى الحاكم الشرعى عن طريق أهل  
الخبرة والنظر ..

وبناء عليه .. فإذا اقترن شرط جزائي بعقد الاستصناع يلتزم به  
المستصنع أداء شيء إذا تأخر عن تسديد التزاماته إذا كان هناك من  
التزام .. أو كان الشرط الجزائي واقعا على عاتق المستصنع ، فإنه لا يفسد  
العقد بهذا الشرط ، ويرجع الى القاضى المختص لتفسير الشرط .. وبدى  
انطباقه على حكم الشرع كما سبق بيانه في أول هذا البحث .. وبيان  
الأعراف المتداولة بذلك بين التجار والصناع في هذا النوع من التعامل  
والفصل في النزاع على ضوء هذا كله (٤) .

\* \* \*

(٤) انظر مجلة البحوث الإسلامية - المجلد الاول - العدد الثانى - ص ٦٠ - ١٤٣

## الفصل السابع : رأى المعاصرين فى عقد الاستصناع :

### تمهيد :

ان الاحتكاك بالمعاملات ، والتفكير فى موقف الشريعة الاسلامية منها دفع القضاة فى الاسلام .. وكثيرا من العلماء (١) . الى محاولة دراسة الاستصناع .. وقد اخذت مباحثه الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود بكتابه احكام عقود التأمين وقد قدم له بحثا مهما لبناء اصل مشروعية هذه المعاملات وهو (٢) : الاصل فى العقود الاباحة حتى يقوم الدليل على التحريم .. وهو الرأى الراجح عند الجمهور ، وبعدها ذكر حكم بعض المعاملات .. ثم عرج الى موضوعنا « الاستصناع » .

ويحسن ونحن نذكر رأيه كاملا ضمن بحثنا هذا .. ان نقرر للأمانة انه ليس فى ذكر هذا الرأى الموافقة الكلية منا على ماجاء بكتابه فى هذا الموضوع اذ لنا بعض التحفظات ، لكن الرجل قد أبلى بلاء حسنا فى دراسة المعاملات التى شاع التعامل بها هذه الأيام .. فكان له مجهود يشكر عليه فى اثره الفقه الاسلامى لكن كما قلت ليس كل ماكتبه من آراء هى محل الموافقة منى .

ونص ماقاله هو (٣) : ان كل ما يقع بين الناس من المشاكل فى العقود والشروط والمعاملات ، فان له صلة وأصلا من الفقه الاسلامى يرد اليه ويقاس عليه ويؤخذ صحته وفساده من نصوصه وأصوله .

من ذلك .. استصناع السلعة ، أى طلب عمل صنعة من بناء او نجارة او حدادة وهى عبارة عن اجراء عقد اتفاق بين المالك والمقاول على صفة شئ موصوف من بناء بيت او سفينة أو أبواب أو شبابيك أو صناديق أو غير ذلك .

بحيث يقول المالك للمقاول : اريد أن تبني لى عمارة صفتها كذا وارتفاعها كذا وغيرها من الدور كذا وكذا ، ثم يستقصى أوصافها اللازمة ويتفق معه على قدر معلوم من المال .

---

(١) من هؤلاء العلماء الشيخ عبد الله آل محمود فى كتابه احكام عقود التأمين ومكانها من شريعة الدين ، والشيخ أحمد فهمى أبو سنة فى كتابه العرف والمادة فى ص ١٢١ ، والشيخ / على الخفيف فى مختصر احكام المعاملات ص ١٧٧ - ١٧٨

(٢) احكام عقود التأمين لآل محمود ص ٣٩

(٣) نفس المصدر السابق ص ٧١ - ٧٧



فهذا العقد في هذه الصفة يسمى عند الفقهاء « استصناع السلعة » .  
والظاهر من مذهب الامام أحمد والشافعى وأبى حنيفة . . انه لايجوز  
لأنه من بيع ماليس عندك المنهى عنه شرعا .

قال فى الاقتناع : « ولا يصح استصناع السلعة لأنه باع ماليس عنده  
على غير وجه السلم » . وخالف أبو يوسف صاحبه الامام أبا حنيفة ،  
فقال بجواز العقد فى استصناع السلعة . . فإذا وجد المصنوع موافقا  
للصفات التى بينت فى العقد لزم من كلا الجانبين ، وليس لأحد منهما  
الرجوع . . انتهى .

وعلى قول أبى يوسف هذا استقر عمل الأحناف على القول بصحته ،  
وأدرجوه فى مجلة الأحكام للحكم به .

وجرى عرف الناس فى سائر الأمصار على العمل به وكأنه السبب  
الذى جعل الناس يتحدثون بأن مذهب الأحناف يساير التطور ويتسع  
رحبه للمعاملات الحديثة .

وكل شيء تعمل فى استصناعه من بناء دور أو سفينة أو أبواب أو  
ثياب أو قدور أو شبابيك ، فإنه يصح على القول بهذا ولايلزم فى الاستصناع  
دفع الثمن حال العقد بخلاف السلم .

وليس للمالك الا أقل مايقع عليه الصفة .  
وإذا لم يقع المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة فى العقد . .  
فللمستصنع أى المالك الخيار بين قبوله وردة .

فقول الأئمة بمنعه بحجة انه من بيع ماليس عنده غير صحيح ، فإن  
هذا العقد مشبه بالسلم الذى محله الذمة والذى يصح فى المعيوم وفيها  
ليس عنده ، كما فى البخارى ومسلم عن عبد الرحمن بن أبزن وعبد الله بن  
أبى أوفى قال : « كان يأتينا أنباط من أنباط الشام فكنا نسلفهم فى الحنطة  
والشعير والزبيب — وفى رواية والزيت — الى أجل مسمى . قيل : أكان  
لهم زرع ؟ قال : ماكننا نسألهم عن ذلك » لكون السلم محله الذمة .

ثم أن العادة والعرف والضرورة قد غرض التعامل بهذه الصفة على  
الناس فى كل مكان وزمان غرضا لازما لا محيص لهم عنه ، ولن يجدوا  
بدا منه لفخامة البناءات وسائر المقاولات التى لا يستطيع المالك أن يستقل  
بالتصرف فيها الا بطريق الاتفاق مع المقاولين والغثين والمهندسين .

ومن المعلوم أن العادة والعرف لهما مدخل في الشرع ويقدمان في بعض  
الظهور على الأصل وقد ترجم عليه البخاري في صحيحه فقال : « باب من  
أجرى أمر الأماصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والكيل  
والوزن » .. قال في الفتح : قال ابن منير وغيره ، مقصوده بهذه الترجمة  
اثبات الاعتماد على العرف وأنه يقضى به على ظواهر الألفاظ .... انتهى .

ثم إن العقود والشروط والمعاملات في البنائيات وسائر الصناعات هي  
من الأفعال العادية لأمم العبادات الشرعية التي تفتقر إلى دليل التشريع  
إذ الأصل في العقود رضى المتعاقدين ونتيجتها هو ما أوجبه على أنفسهما  
بمقتضى التعاقد وليس غيرها ربا أو قمار ولا نص في المنع منها .

وقد توسع الناس في الاستصناع في هذا الزمان على اختلاف أنواعه  
حتى صار من أكبر المعاملات ، بحيث يتفقون مع المقاولين ومع الشركات  
على بناء العمارات العظيمة ذات الطوابق والشقق وكذا المدارس  
والمستشفيات والطرق وحتى المساجد والبيوت الصغيرة والكبيرة ، كلها  
إنما تبنى غالبا على سبيل الاستصناع بالصفات المتفق عليها بينهما .

حتى صار من الأمر العرفي الجاري به النظام في كل بلد .

ويوجد في نصوص الفقه ما يقرب من صفته وما ينبغي أن يقاس عليه  
في القول بصحته . من ذلك عقد السلم ، فإنه عقد على موصوف في الذمة  
معدوم حال العقد بثمن مقبوض .

ومن ذلك البيع بالصفة الذي ذكره فقهاء الحنابلة في كتابهم وحكموا  
بصحته والصفة نوعان :

❖ **الأول : صفة معينة :** كأن تقول : أبيعك عبدي الفلاني أو بعيري  
الفلاني الذي صفته كذا وكذا ، ويستقصى في أوصافه كما يستقصى في  
أوصاف السلم .

❖ **والنوع الثاني : الصفة غير المعينة :** كأن يقول أبيعك عبدا أو  
بعيرا صفته كذا وصفه كذا ويستقصى صفته كما في السلم ويصح العقد  
في كلا الصفتين بشرط أن يسلم الثمن حال العقد قبل التفرق ولا يصح  
فيها لا يصح السلم فيه ، كالبنيان ونحوه فهذا ونحوه مما ينبغي أن يقاس  
عليه جواز الاستصناع إذ هو نظيره في الحكم والمعنى خلاف ما ذهب إليه  
الفقهاء من القول منهم بمنعه .

والأصل فى الاستصناع أن يعمل الصانع الصنعة فى محله كما يعمل النجار الأبواب فى موضع نجارته والحداد يعمل الشبابيك ونحوها فى موضع الحدادة ، فان جاء بها مطابقة للأوصاف أخذها المستصنع وان لم تطابق الأوصاف ردها على صاحبها .

**أما استصناع البناء :** فإنه يزيد اشكالا من جهتين :

**الأول :** من جهة كون المقاول يعمل فى أرض المالك مما لا سبيل الى رده الا بهدمه واتلافه .

**والأمر الثانى :** أنه بتجدد الأعصار أخذت مسائل الاستصناع التى يلزم بناؤها على مثل ما ذكره الفقهاء تختلف فى مثل هذا العقد ، حيث أدخلوا فيها أشياء كثيرة من الشروط والتحديدات ، والغرامات مما يتغير الحكم بدخولها فى عقده ، أضف اليه ادخال الكثير من الآلات والأدوات المتنوعة الجائلة والدقيقة مما قد يوجد فى بلد العقد وقد لا يوجد .

\* \* \*

## تحديد المدة للاستصناع ووضع الغرامة على مازاد على المدة المضروبة

ان عقد الاتفاق الواقع على بناء العمارات والبيوت والفنادق والمستشفيات وغيرها قد أدخل فيه المتعاملون قيودا وشروطا تخرجه عن حكم الاستصناع الجائز الذي ذكره الفقهاء .

ومن ذلك تحديد مدة الانجاز ووضع غرامة على مازاد على المدة المحدودة عن كل يوم كذا وكذا يدفعها المقاول .

وهذه الغرامة بهذه الصفة لم يقل بجوازها أحد من الأئمة الأربعة لا الامام أحمد ولا مالك ولا الشافعي ولا أبو حنيفة ، وفيها من الأضرار على المقاول ما لا يخفى على عاقل اذ قد تذهب بأعظم مقاولته التي هي بمثابة أجرته وحاصل تجارته ، اذ كل المواد الموضوعة في البناء ملك للمقاول .

وقد ذكر الفقهاء من الحنابلة من أنه لا يجوز الجمع بين المدة والعمل في باب الاجارة ، وذلك بأن يقول : أريد أن تبني لى دارا بكذا ، بشرط ان تنجز في وقت كذا ، لوقوع ما يمنع التنجيز في المدة المضروبة .

وقد قالوا بمنع الجمع بين المدة والعمل في وقت كان البناء فيه سهلا ميسرا ولم يكن صعبا معقدا .

بحيث أن العادة القديمة في انشاء المقاولات على البيوت والعمارات وسائر البنايات بأن جميع موادها متساوية متيسرة ، بحيث تبني بالطين والحجارة واللبن وتسقف بالآثل وجريد النخل وتلاص بالطين أو الجص ، وكل مواد البناء موجودة بداخل البلد أو بهحل العمل ، والأساتذة والعمال متيسرون وقت الطلب فالبناء كله بسائر أنواعه سهل مبسط غير عسير .

أما الآن وفي هذا الزمان ، فقد صارت المقاولات على البنايات ذات الشأن من الأمور الصعبة العويصة الشاقة ولايزال الناس يقومون ويقعدون في المحاكم في خصوص المنازعات والخصومات الناشئة عن الاختلافات في الصفات وتحديد الأوقات وفي الغرامات ثم ان ادخال الغرامة غيما زاد على المدة المحدودة هي مما أركسها في الجهالة وكانت سببا في اتساع شقة الخلاف مع الأسباب الناشئة عن عدم التطبيق ودخول الزيادة والنقص والتعديل والتبديل .

وسببه ان العمارة الواحدة ذات الشئان والمؤسسة على النظام الحديث يدخل فيها من الآلات والأدوات مايزيد على خمسين مادة كلها تستجلب غالبا من الخارج كالبلدان الأوربية واليابان والهند والصين ونحوها .

مثل الحديد على اختلاف اشكاله وأدوات الكهرباء على اختلاف انواعها وكذا السخانات وانابيب المياه والأدوات الصحية على اختلاف اشكالها وكذا الأحواض والأصبغ على اختلاف أنواعها والبلاط الثخين والخفيف والأبواب والشبابيك والأسمنت وأشياء كثيرة مما نعرفه وما لانعرفه . وكل هذه الآلات والأدوات قد توجد في وقت وقد لاتوجد في وقت آخر مع كونها لاتنضبط غالبا أوصافها لاختلاف اجناسها .

لهذا رأينا التجار يشكون أزمة تعطيل وصول البضائع التي من جملتها مواد البناء ، بحيث يعطون الموعد لوصولها في خلال ستة أشهر ، ثم يمضي مع الستة أشهر ستة أشهر أخرى الى نهاية السنة بدون أن يتحصلوا على وصولها ، لأسباب الموانع المقتضية للتأخير من عدم وجود سفن التحميل أو تعطيلها أو وقوع اضراب للعمال في بلدها ونحو ذلك .

اضف الى ذلك أن كل مادة من مواد البناء فانها تحتاج بطبيعة الحال الى حذاق وصناع من المهندسين والعارفين لوضع الأشياء في مواضعها اللازمة بها من نجارين وحدادين وصباغين وغيرهم . وليس من الممكن الحصول عليهم وقت طلبهم لكثرة أعمالهم وطلب الناس لهم ، فكانوا يعدون الشخص للحضور الأسبوع بعد الأسبوع ومن المعلوم أنه لايقوم غيرهم مقامهم في اتقان أعمالهم . وقد لاح الطمع بكثير من المالكين في الغرامة على ما زاد على المدة المحدودة فصاروا يعاملون المقاولين بالترديد والتلديد مما يعرقل سير عملهم بقولهم : هذا لا يصلح ، وهذا لا يصلح ، حرصا على انسحاب الايام حتى تزيد على المدة المحدودة فتكثر بسببها الغرامة على المقاول .

لهذه الأسباب صار انجاز العمل عن وقته المحدود يتأخر اضطراريا لاختياريا وحتى التجار الذين لديهم المؤهلات المقتضية لانجاز عملهم وبينون لانفسهم على حسابهم الخاص ، فانهم يقدرون لانتهاء عملهم بعشرة أشهر ، ثم يمضي مع العشرة عشرة أخرى بدون اتمامه واحكامه . . وهذا قد صار من الأمر المعروف المسألوف عند كافة الناس .

أضف اليه ما يعرض للمقاول من عوز العمال وعدم وجود بعض المواد وكذا ما يعرض له مما يعرقل سير عمله من حوادث الزمان مثل الأهوية الشديدة والأمطار والسيول والحر الشديد والبرد الشديد وكل هذه تحكم على المقاول ولا يستطيع أن يحكم عليها .

إذا ثبت هذا فإن الحكم على المقاول بالزامه بالغرامة على ما زاد على المدة ، مع العلم بهذه الأعذار أنه حكم عليه بالجور وعدم العدل ، ونتيجة هذا الحكم هو أن يستبيح المالك أكل مال المقاول وأجرة عمله وعرق جبينه ظلما بغير حق لأن الذين غرضوا هذا الشيء سموها غرامة أي ظلما ونكالا .

ولم يصح عن أحد من أثبة المذاهب الأربعة القول بصحته لأن هذا التحديد ووضع الغرامة على ما زاد عليه يقع غالبا من تكليف ما لا يستطاع كما ذكرنا ذلك والله لا يكلف نفسا إلا وسعها ، وإنما وقع منهم على حساب الظن والتخمين في الانجاز قصدوا به الحث والتحريض ، وقد اتفق الأئمة الأربعة على عدم إباحة هذه الغرامة بهذه الصفة . فلا يحكم بالزامها إلا من يحكم بإباحة الربا والقمار وسائر العقود المنهى عنها مما يتراضى عليه الناس من العقود الفاسدة ، والله أعلم .

\* \* \*

## ✽ الفصل الثامن : دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستصناع :

### تمهيد :

في هذا الفصل سنحاول دراسة تصنيع العقارات والمباني الجاهزة مما يكثر السؤال فيها . وندرس بعض العقود التي شاع التعامل بها داخليا وخارجيا .

### المبحث الأول : تصنيع العقارات :

ان العقارات التي تبني حاليا تلتبس على الكثير . . على أن المراد منها نفس المراد بالاستصناع . . الا انها تختلف عن الاستصناع من عدة أمور هي :

**الأول :** من جهة كون المتاول يعمل في أرض المالك مما لا سبيل الى رده الا بهدمه واتلافه (١) .

**الثاني :** أنه بتجدد الأعصار أخذت مسائل الاستصناع التي يلزم بناؤها على مثل ما ذكره الفقهاء تختلف في مثل هذا العقد حيث أدخلوا فيها أشياء كثيرة من الشروط والتحديدات والغرامات مما يتغير الحكم بدخولها في عقده . أضف اليه ادخال الكثير من الآلات والأدوات المتنوعة الجليلة والدقيقة مما قد يوجد في بلد العقد وقد لا يوجد (٢) .

✽ اما فقهاء النظام الوضعي فقالوا (٣) : ينبغى أن يتعلق الاستصناع بتصنيع منقولات مادية . ولا تعتبر عقود استصناع : الاتفاقات التي يتعهد بمقتضاها متاول بأن يشيد لحساب شخص ما عمل عقارى أو ثابت يلتزم بأن يقدم مواده اذ يكون حينئذ أمام مجرد استئجار للعمل والصناعة . فتصنيع العقارات لا ينطبق عليها عقد الاستصناع في الفقه الاسلامي والنظام الوضعي .

### المبحث الثاني : تصنيع المباني الجاهزة :

الذى اراه بالنسبة لبناء العقارات الجاهزة أو التي تسمى « السابقة الصنع » انها تعتبر استصناعا نظرا لما يلي :

(١) أحكام عقود التأمين . ٢٤ محمود ص ٧٤ .

(٢) نفس المصدر السابق .

(٣) رسالة عقد الاستصناع لدانييل ص

١ — أنها ولو كانت في ملك المستصنع الا أنه يمكن الفسخ والارجاع بسهولة .. وذلك بفتحها ، وارجاعها الى صاحبها عند عدم المطابقة .. كالثوب : فإنه لا يصنع الا وهناك جسم بشرى يلبس عليه .. فعند المخالفة للأوصاف ينزعه ليرجعه .... فعلى هذا .. تنطبق أحكام عقد الاستصناع على المباني الجاهزة .

٢ — مهما ادخل المقاولون أو الصناع اشياء جديدة أو دقيقة .. فما دام في الامكان ارجاعها .. فلا بأس في ذلك ولا ضرر .. ولو كانت غير موجودة في البلد الذي تعاقد عليه المتعاقدان .. فالوسائل الحديثة في النقل ، واستعمال الآلات الكاتبة البرقية (٤) ، والحاكي ، والهاتف ، وغير ذلك من أنواع الآلات المستعملة في الاتصال تعين كثيرا على حل مشاكل الصناعة والتجارة وغير ذلك من التعامل بين البلدان بعيدة الأطراف .. وعلى هذا تكون الصناعات التي كثرت في بلاد المسلمين في المباني الجاهزة داخلة في الاستصناع — والله أعلم .

\* \* \*

---

(٤) الآلة الكاتبة البرقية : هي آلة لنقل الرسائل وهي شبيهة بالآلة الكاتبة الى حد كبير مع اضافة نظام كهربى يحول الرسالة الى رموز برقية ، ثم تطبع حسب رموز برقية معتمدة عالميا ، وتسمى ( التلكس ) .



## \* المبحث الثالث : دراسة لبعض عقود الاستصناع المحلية والخارجية :

### تمهيد :

هناك عقود استصناع تشهدها الساحة الاقتصادية في جميع البلدان ومنها المملكة العربية السعودية .. لكن هذه العقود تكون غالباً على نوعين رئيسيين هما :

**الأول :** وهى ماتكون داخل البلد نفسه بين الصانع والمستصنع « التعاقد المحلى » .

**الثانى :** وهى ماتكون بين بلد وآخر حيث يكون الصانع فى بلد والمستصنع فى بلد آخر أو بالعكس وتسمى « التعاقد الخارجى » .

**التعاقد المحلى :** فهو كثير فى الحياة الاقتصادية ويتنوع الى أنواع كثيرة بحسب المادة المصنوعة ونوع الصنعة . فمن هذه العقود ماهو بسيط بين شخص ( مستصنع ) وآخر ( صانع ) بأدوات بسيطة مثلاً كمن يصنع للمستصنع حذاء كالنعال الزبيرية المشهورة فهى تدخل فى هذا القسم .

وصورتها أن يذهب الشخص الى صانعها ويطلب منه أن يصنع له نعلاً ويصف له نوع الجلد ونوع الخرازة التى تستعمل فى الجلد .. ونوع الجلد المستعمل بالخرازة والمقاس والعدد .. ويتفقان على السعر والمدة . وهى فى الغالب للاستعجال .. لا للامهال .. وقد يدفع له شيئاً أو لا يدفع .

فباتى المستصنع ويطلب النعال المطلوب صنعها من الصانع ويأخذه فان وجده على المطلوب اعطاه باقى القيمة ان كان قد دفع شيئاً أو يعطيه كل المبلغ ان لم يكن قد دفع ، فان لم يكن على المطلوب له حق الرجوع فيه ، واخذ بدله مما يوافقه ، أو يصنع له نعلاً آخر . وما تركه أخذه صانعه ليبيعه ولو بأقل السعر المطلوب منه لأنه أخطأ فى صنعه .

والا يتفقان على نسخ ما بينهما من عقد وهو قليل على ماأراه من عرف سائد الآن .

وهناك تعاقد داخلى تم داخل مصر نوردته فيمايلي :

**جاء فى الفتاوى المهدية (٥) :** سئل الألعى محمد العباسى : عن حادثة من طرف قاضى الجيزة مضمونها : ادعى رجلان على آخر . أن أحدهما

(٥) الفتاوى المهدية فى الوقائع المصرية لمحمد العباسى ١٥٣/٣

اتفق معه على إنشاء مركب طولها ٢٧ شبرا كاملة الدوامس والخلق والدغة . ويكون له نصفها في نظير مبلغ ذكره دفعه للصانع .

فأحضر الصانع مايلزم لذلك . . وبعد الابتداء في انشائها حضر الرجل الآخر واشترى من الصانع النصف الآخر بمبلغ عينه دفعه له بشرط تنميتها على الشرط الأول وأنها الى الآن لم تتم . وببلغ مقاسها بعد تركيب أضلاعها ٢٣ شبرا . وأنها يطلبان العامل بتنميتها وتسليمها لهما . وأنها الآن موجودة بمكان كذا . .

أجاب بالاعتراف بالتوافق المذكور ، وأنه أنشأ مركبا طولها ٢٧ شبرا وآخرين طول كل واحد ٢٣ شبرا . وأنه باع نصف المركب البالغ مقاسها ٢٧ شبرا . التي أنشأها حسب التوافق مع أحدهما للآخر بالمبلغ الذي ذكره . . وأنه قبضه وأنها الى الآن لم تتم عمارتها .

فها الحكم في هذا التوافق ؟

### الجواب :

أجاب : التوافق بين اثنين على أن يصنع أحدهما مركبا ويكون نصفها للمستصنع مع بيان أوصافها . ولم يذكر أجلا . « استصناع ان جرى به التعامل » . . والا لا يصح غيفسخ . الا اذا ذكر الأجل على سبيل الاستعجال فيصح بيعا لعدة .

وعلى فرض صحته استصناعا لا يجبر أحدهما عليه . . فهو عقد غير لازم قبل العمل من الجانبين بلا خلاف . حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل .

وأما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذا . حتى كان للصانع أن يبيعه ممن يشاء .

وأما اذا أحضره الصانع على الصفة المشروطة سقط خياره في ظاهر الرواية . ١. ه .

### التعاقد الخارجي ( الدولي ) :

ومن التعاقد بالاستصناع الذي يتم بين دولة وأخرى اخترت عقدا بين المملكة العربية السعودية ومصر العربية . . وهذا العقد تم بين مؤسسة « كرا » بجدة والمهندس صبرى عياد بالقاهرة وقد تم التعاقد بأختصار على الوجه التالي :

✱ **الطرف الأول :** وهو المستصنع : مؤسسة كرا للمقاولات بجدة —  
المملكة العربية السعودية .

✱ **الطرف الثانى :** وهو الصانع : المهندس صبرى عياد . مصر  
العربية .

في ١٣٩٧/١/٧ هـ — تم فتح اعتماد مستندى في ( البنك الأهلى  
التجارى في جدة ) بتعميده بفتح اعتماد مستندى غير قابل للرجوع فيه .  
معززا بالبريد الجوى . لأمر المهندس صبرى عياد في القاهرة . . لحساب  
مؤسسة كرا للمقاولات في جدة بمبلغ ٩٠٠.٠٠٠ ر. جنيه استرلىنى لاغير .

وذلك قيمة استصناع حوالى ١٥ طن زائد ناقص ١٠ ٪ غورمات  
حديد لبناء الجسور حسب الرسومات المسلمة للصانع من قبل المستصنع .  
والقيمة تدفع حسب شهادة الوزن بسعر الطن ٦٠٠ جنيهه  
استرلىنى . . . . . وقد وضعت على الصانع بعض الشروط التى يستوثق  
بها المستصنع .

**من هذه الشروط : ١ —** أن يقدم فاتورة تجارية على ثلاث نسخ .  
الأصلية منها مصدقة من قبل السفارة السعودية في القاهرة والغرفة  
التجارية .

٢ — قائمة تعبئة .

٣ — شهادة منشأ صادرة من الغرفة التجارية .

٤ — شهادة وزن .

٥ — أن يكون عمر الباكسة الناقلة لايزيد عن ١٥ سنة من تاريخ  
الصنع .

٦ — وأن الشحن المجزأ غير مسموح به .

ولما كان فتح الاعتماد فيه من القضايا التى لها صلة بدراسة البنوك  
الاسلامية والتى تحتاج الى دراسة وافية ، وبيان رأى الشريعة الاسلامية  
فيها . كالتأمين . والنسبة المثوية كعمولة يأخذها البنك على المستصنع ،  
والعمولة الأخرى عن كل شهر يتأخر فيها المستصنع بالدفع . لهذا كله لم  
نتطرق لهذا التعاقد . . بل نلجأ له تلميحاً كمثال على الواقع .

## **\* الفصل التاسع : ماينتهى به عقد الاستصناع :**

بعد ان عرفنا ان عقد الاستصناع من عقود المعاوضات المسماة ذات الشخصية المستقلة عند الحنفية .. فهو ينتهى بما تنتهى به هذه العقود .. من وفاء المتعاقدين بالالتزامات المتبادلة التى يحتتمها العقد وهى :

### **أ - من جهة الصانع :**

- ١ - القيام بالصنع للمادة الخام التى تكون عليه .
- ٢ - تسليم المطلوب صنعه الى المستصنع .
- ٣ - استلام الثمن المتفق عليه بينهما .

### **ب - من جهة المستصنع :**

- ١ - اعطاء المواصفات المطلوبة للصنع الى الصانع عند التعاقد .
  - ٢ - استلام المطلوب صنعه .
  - ٣ - دفع الثمن للصانع .
- هذا كله عند اتمام الصنع على وفق الاوصاف المطلوبة ورضا المستصنع بها على الراى القائل .. بأن الاستصناع عقد غير لازم .
- وحتمية تنفيذ الالتزام عند من يرى ان الاستصناع عقد لازم كما تكلمنا من هذا فيما سبق .
- ٤ - اقالة من العقد من احد المتعاقدين للآخر عند من يرى ان الاستصناع من العقود اللازمة .

**\* موت الصانع :** ينتهى عقد الاستصناع أيضا بموت الصانع خلافا لعقد البيع الذى لا ييطل بموت البائع وهو الذى يقابل الصانع فى عقد الاستصناع .

**\* وجه هذا الراى :** الاستصناع له شبه بالاجارة من جهة انه يبدأ وكأنه عقد اجارة . وينتهى على انه بيع . حيث ان الصورة الواقعية له : ان المستصنع يطلب من الصانع صنع المطلوب فهو عقد اجارة قبل الصنع وقبل التسليم .

فإذا ماتم الصنع وأراد الصانع تسليم المطلوب صنعه للمستصنع ،  
فإنه يأخذ الثمن المتفق عليه « الذى يشمل قيمة المادة الخام + اجرة  
الصنع » فهو بيع . فإذا مات الصانع فكأنه لازال فى مرحلة الاجارة ..  
والاجارة تبطل بموت العامل .

**وجاء فى البدائع (١) :** بأن مما ينتهى به عقد الاجارة موت من وقع له  
الاجارة الا لعذر .. والكلام على كيفية بطلان الاجارة بموت العامل يتطلب  
منا بيان ذلك :

الاجارة عند الحنفية تنعقد ساعة بعد ساعة على وفق حدوث المنافع  
شيئاً فشيئاً .. وإذا كان كذلك فما يحدث من المنافع فى يد الوارث لم يملكها  
المورث لعدمها .

والملك صفة الوجود لا العدم .. فلا يملكها الوارث ، اذ ان الوارث  
انما يملك ماكان على ملك المورث .. فما لم يملكه يستحيل وراثته ..  
بخلاف بيع العين لأن العين ملك قائم لنفسه ، ملكه المورث الى وقت  
الموت ، فجاز أن ينتقل الى الوارث .. ولأن المنافع لا تملك الا بالعقد ،  
وما يحدث منها فى يد الوارث لم يعقد عليها .. فلا يثبت الملك فيها للمورث ..  
والاصل أن الاجارة تبطل بموت المعقود له ولا تبطل بموت العاقد .

وصلة هذا بالاستصناع من جهة أن الصانع عندما يحول المادة  
الخام الى المطلوب صنعه .. هذا العمل منفعة قدمها للمستصنع فهو  
« الصانع » عامل من هذه الجهة قبل التسليم .. فلهذا يبطل الاستصناع  
بموت الصانع . والله اعلم .

\* \* \*

---

(١) البدائع ٢٦٧٢/٦ وما بعدها .

## الخاتمة

وبعد أن غرغت بعون الله وتوفيقه مما أردت بيانه .. وبقي على ان  
اختم رسالتى هذه ببيان اهم ماجاء فيها فى النقاط الموجزة الآتية :

بحثت فى الباب التمهيدى ثلاثة مواضيع .. أردت بالموضوع الأول ..  
عرض عام لموقف الشريعة الاسلامية من العمل والصناعات ، وأعطاء  
فكرة تاريخية عن الاستصناع وانتهيت الى أن الاستصناع كان موجودا منذ  
القدم والى الآن .. وأن الشريعة الاسلامية ماجأت لتقضى على كل عادات  
ومعاملات الجاهلية قبل الاسلام .. بل منعت بعضها وأقرت البعض الآخر  
مما هو صالح ، واشترطت على البعض الآخر شروطا تقوم ماهى عليه  
ليوافق الشريعة الاسلامية .. ولهذا كان الاستصناع من العقود التى أقرها  
الاسلام بشروط مخصوصة معينة سنذكرها — ان شاء الله .. لهذا كان  
عقد الاستصناع عقدا لا وعدا عند جمهور فقهاء الحنفية .. غأردت فى  
الفصل الثانى بيان موقف الشريعة الاسلامية من العقود التى يتم ربطها  
بين اطراف المتعاقدين فبحثت مدى حرية المكلف فى انشاء العقود ، وانتهيت  
الى أن المكلف له حرية التعاقد بشرط عدم وجود مانع شرعى من نص  
أو اجماع .. فعقد الاستصناع جائز من هذه الجهة ..

وفى النظام الوضعى درست رأيه فى مبدأ سلطان الارادة وهو يتفق  
مع مآقررته الشريعة الاسلامية فى حرية المكلف بشرط عدم وجود مانع  
شرعى ..

أما الموضوع التمهيدى الثالث .. فقد كان التعاقد على المعدوم وهو  
موضوع له صلة برسالتى هذه حيث أن موضوع رسالتى يتم التعاقد فيه  
على معدوم .. وبينت رأى الشريعة الاسلامية فى التعاقد على المعدوم ..  
وآراء الفقهاء فيه وناقشتها وانتهيت الى أن التعاقد على المعدوم ليس العلة  
فى منعه كونه معدوما .. بل لعل أخرى كما يراها ابن القيم وهى الفر  
أو الجهالة المفضية للنزاع مثلا .. ثم ان الاستصناع كما يرى الحنفية ،  
ولو أنه معدوم .. الا أنه كالموجود حكما وذلك مثل : الطهارة للمستحاضة  
جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لثلا تتضاعف الواجبات .

وقسمت الرسالة الى ستة أبواب ، وفي كل باب فصلا تتعلق به وهي  
مايلي :

الباب الأول : استعرضت فيه مفهوم عقد الاستصناع عند اهل اللغة  
والفهاء المسلمين وأصحاب النظم الوضعية .. وبعد استعراض تعريفات  
الفهاء ومناقشتها .. اخترت التعريف التالي للاستصناع عند أصحاب  
الاتجاه الأول وهو : « عقد على مبيع في الذمة يشترط فيه العمل على وجه  
مخصوص » .. أما أصحاب الاتجاه الثاني : فقد اخترت لهم تعريفا  
للاستصناع عند كل واحد منهم ، وأساس التعريف عند أصحاب الاتجاه  
الثاني مأخوذ من السلم عندهم .. لأن أصحاب الاتجاه الثاني : ( المالكية ،  
والشافعية ، والحنابلة ) يعتبرون الاستصناع داخلا ضمن أحكام السلم  
مع اختلاف بسيط ذكرناه مفصلا في موضعه .. ثم بينا تعريف الاستصناع  
عند النظام الوضعي .. وفي هذا الباب درست مسألة اختلف فيها فهاء  
الحنفية وهي : هل الاستصناع عقد أم وعد ؟ ورجحت الأخذ برأى جمهور  
الحنفية على أن الاستصناع عقد وليس بوعد .. ولما كان عقدا درست  
في الفصل الثالث العقد بصورة عامة : تعريفه والعلاقة بين العقد والتصرف  
ثم درست العقود تقسيماتها عند الفهاء وقارنت بينها وكان مما اخترت  
له في هذا تقسيم للحنفية وآخر للحنابلة .

وفي الباب الثاني : درست مشروعية الاستصناع عند أصحاب الاتجاه  
الأول (الحنفية) ورجحت جوازه ، وبينت أدلة الجواز وحكمة المشروعية ..  
أما حكمه عند أصحاب الاتجاه الثاني (المالكية ، والشافعية ، والحنابلة)  
فلم يكن مستوفيا للبحث عندهم .. الا أنني بقدر من العلم استطعت معرفة  
حكمه عندهم .. فالمالكية : شبهوا الاستصناع بالسلم فجوزوا السلم  
بالصناعات كغيرهم من الفهاء .. وأما الشافعي : فجوز استصناع السلعة  
ان كانت من مادة واحدة .. أما ان كانت أكثر من ذلك فقد اشترط لجوازها  
ضبط المواصفات منعا للغرر المؤدى للنزاع .. أما الحنابلة : فقد منعه  
عندهم صراحة القاضي وأصحابه .. لكنهم أجازوا السلم بالصناعات ..  
فجميع أصحاب الاتجاه الثاني جوزوا السلم بالصناعات .. لذا درست  
حكم السلم عندهم وحكمة المشروعية وشروط السلم .. وبينت رأى الظاهرية  
فيه ورأى الشيعة الجعفرية باختصار لعدم وجود أدلة في كتبهم التي عثرت  
عليها واطلعت .

ودراسة عقد الاستصناع كعقد مستقل لم تظهر واضحة الا عند  
الحنفية .. لذا أصبحت دراستي للاستصناع بعد هذا الباب في أكثر  
فصوله خاصة بالحنفية .

غنى الباب الثالث : درست تكييف عقد الاستصناع .. فمنهم من رأى أنه بيع ، ومنهم من رأى أنه اجارة ، ومنهم من رأى غير ذلك .. خرجت من يرى أن الاستصناع بيع فقد بعض مستلزمات البيع المطلق .. وبينت ماهى المستلزمات التى فقدتها . ثم بينت تكييفه عند أصحاب النظام الوضعى ، ومايقابل هذا التكييف فى الشريعة الاسلامية .

أما الباب الرابع : كان البحث فيه عن المقومات والشروط .. فالمقومات منها العام لكل عقد وهو ما بيناه بصورة مختصرة وركزنا على ما اتفق عليه الفقهاء على أنه ركن للعقد وهو الصيغة .. وبيننا المراد منها عند الفقهاء جميعا .. ثم ذكرنا أركان عقد الاستصناع فى النظام الوضعى .. أما الشروط فقد تكلمت عنها غبدأت بالشروط العامة للاستصناع وغيره عند الفقهاء جميعا .. وسرت على أساس تقسيم الشروط الى ما يلى :

شروط الانعقاد ، شروط اللزوم ، شروط الصحة ، شروط النفاذ .

وكل واحد من هذه التقسيمات له شروط خاصة به وبينت رأى الفقهاء عند أصحاب الاتجاهين الأول والثانى فى هذه الشروط ثم تكلمت عن الشروط الخاصة للاستصناع وقلت أنها عند الحنفية ثلاثة : الأول : أن يكون المستصنع فيه معلوما .. فتكلمت عن مفهوم المستصنع فيه (المعقود عليه) وبينت الخلاف فيه ورجحت أن المعقود عليه فى الاستصناع هو العين لا العمل .. وعن الشرط الثانى : الذى يرى فيه الحنفية أن يكون مما يجرى فيه التعامل .. وفى هذا الشرط تكلمت عن مفهوم التعامل بين الناس وعن التعامل والقياس اذا تعارضا .. أما شرط التعامل فى الاستصناع : فقد بينت أن هذا الشرط هو ارتكاز عقد الاستصناع .. فلا بد أن يكون الاستصناع مما يجوز التعامل به وهو الأصح عند جمهور الحنفية .. وعن الاستصناع عقد على مبيع فهو نوع بيع .. وعقد البيع عقد لازم .. الشرط الثالث : ( ضرب الأجل فى الاستصناع ) تكلمت فى البداية عن مفهوم الأجل عند الحنفية ، وما المراد منه ؟ ورجحت أن الأجل يراد به عند اطلاقه الشهر فما فوق ، سواء بالسلم أم بالاستصناع ، وبينت خلاف الحنفية فى اشتراط ضرب الأجل ، ورجحت العمل بجواز ضرب الأجل . اذ أن الأجل اذا ضرب فى الاستصناع لا يغير معناه الى سلم .. فهو باق على معناه الاصلى وهو رأى الصاحبين .. أما شروطه الخاصة فى النظام الوضعى ففى شروط المقاوله .



وفي الباب الخامس : درست اللزوم وعدمه في عقد الاستصناع غطست الباب الى ستة فصول : بحثت في الفصل الأول : موقف عقد الاستصناع من العقود المسماة .. علما بان هذا اللفظ اصطلاح حديث .. الا انى اردت وضع الاستصناع في موضعه المناسب . فالمعروف مثلا : ان عقد البيع عقد مسمى ومشهور بهذا الاسم وورد ذكره في القرآن الكريم .. والاستصناع عقد على مبيع فهو نوع بيع .. وعقد البيع عقد لازم .. لذا اردت بهذا الفصل معرفة اللزوم والالتزام في الشريعة الاسلامية فوصلت الى ان اللزوم هو من الشرع ، والالتزام من الانسان نفسه ، وبمثل هذه الدراسة كان البحث في النظام الوضعي .. وفي الفصل الثاني : قسمت العقود بالنسبة للزوم وعدمه وكانت تسعة عقود والعاشر هو الاستصناع .. هل هو لازم أم غير لازم .. غابو يوسف ومحمد يعتبرانه لازما في حالة رؤية المستصنع للشيء المصنوع .. في حين نجد ابا حنيفة يعتبره غير لازم والمجلة العدلية اعتبرته عقدا لازما منذ البداية وحتى النهاية .. وبما ان عقد الاستصناع وبعد التوافق بين الطرفين يمر بثلاث مراحل .. لذا اعطيت كل مرحلة من هذه المراحل حقها من البحث وركزت على مسألة اللزوم وعدمه في هذه المراحل بالنسبة للصانع والمستصنع ، وبينت خلاف الحنفية في هذه المراحل .. وفي الفصل الرابع : ابرزت رأيا مستقلا عند فقهاء الحنفية يرى ان الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى نهايته ، وأوردت مانوقش به هذا الرأي ووصلت الى نتيجة وهي ان العقد يصير لازما اذا ماأتى الصانع بما استصنع موافقا للمواصفات المطلوبة .. اما قوله بأنه لازم منذ بدايته .. فهو رأى مرجوح .. وفي الفصل الخامس تكلمت عن الآثار المترتبة على العقد من حيث ملك الثمن والمستصنع فيه .. وبينت ان هذا الملك يكون غير لازم لأن الاستصناع عقد غير لازم ، ومايلكانه انما يملكانه ملكا غير لازم على رأى من يرى ان الاستصناع عقد غير لازم .. وفي النظام الوضعي بينت هذا الموضوع عندهم ووصلت الى ان عقد الاستصناع عقد لازم في النظام الوضعي .. مع اعطاء حق الفسخ للمستصنع دون الصانع كراى بعض الحنفية الذي اوردناه في هذا الباب .

وفي الباب السادس : جمعت امورا تتعلق بعقد الاستصناع ، واكثرها تتعلق بانتهاء وانهاء العقد .. فخيرارى الرؤية والعيب لهما تعلق كبير في الاستصناع من حيث ثبوت هذين الخيارين فيه .. لذا تكلمت عنهما من

حيث ثبوتها وشروطها ومستقطات كل منهما .. وبينت بعد ذلك نظرة النظام الوضعى لخيار الرؤية والعيب ، ووصلت الى ان هذا الموضوع ليس له نظير في النظام الوضعى الغربى .. وفى الفصل الرابع : تكلمت عن مسألة يكثر حصولها فى العقود وهى التنازع بين اطراف التعاقد .. فأبنت ان حل التنازع فى هذا العقد يسرى عليه مايسرى على عقود المعاوضات المالية من أصول المحاكمات والرافعات .. وفى الفصل الخامس درست الظروف الطارئة التى لها تعلق بعقد الاستصناع فعرفت: انه لاجابة لنا فى اللجوء الى استعمالها هذا على القول الراجح : فى ان الاستصناع عقد غير لازم .. ويمكن اللجوء اليها عند الأخذ فى القول المرجوح الذى يرى انه عقد لازم .. وفى الفصل السادس : درست شرطا من الشروط لم يكن معروفا بهذا الاسم عند فقهاءنا الاقدمين وهو الشرط **الجزائى** فنتج عن هذه الدراسة .. انه يمكن الأخذ به .. لأن من الاشياء فجميع اصحاب الاتجاه الثانى جوزوا السلم بالصناعات .. لذا درست التى جعلتنا نرجح الأخذ به .. هو دفع الضرر ومنع تفويت المنافع ، وسد ابواب الفوضى والتلاعب بحق العباد ، وسبب من اسباب الحفز على الوفاء بالعهود .. وكان اعتمادى فى هذا على فتوى هيئة كبار العلماء فى **المملكة العربية السعودية** .. ومن آراء المعاصرين فى عقد الاستصناع اخترت مادرسه الشيخ / عبد الله آل محمود عن الاستصناع ونقلته ماقاله مع بعض التحفظات على ماقال به .. اما فى الفصل الثامن : فكانت دراسة تطبيقية على عقد الاستصناع فى الداخل ( المحلى ) وفى الخارج ( الدولى ) أردت بهذا التطبيق اعلام القارئ الكريم بأن مثل هذا موجود فى الحياة الاقتصادية داخليا وخارجيا وما درسته تصنيع العقارات فوصلت الى نتيجة تقول ان تصنيع العقارات ليس داخلا فى عقد الاستصناع .. اما تصنيع المبانى الجاهزة ( السابقة الصنع ) فهى داخلة فى عقد الاستصناع وذلك لعدة أسباب منها : ان هذا التصنيع لا يختلف عن تصنيع الثياب ، والخفاف حيث انه يمكن لاي خلل فى المبانى الجاهزة ارجاعها للصانع بسهولة ، وبدون مضرة .. وبانتهاء هذا البحث نأتى على نهاية الكلام عن عقد الاستصناع بالفصل التاسع حيث أبنت فيه ماينتهى به عقد الاستصناع سواء من جهة الصانع او من جهة المستصنع .

\* \* \*

## « ثبت المراجع »

### اولا : التفسير :

- ١ — احكام القرآن — ابو بكر احمد بن على الرازى الجصاص — توفى سنة ٣٧٠ هـ — دار المصحف — القاهرة — تحقيق محمد الصادق محاوى .
- ٢ — تفسير القرآن الكريم — ( المسمى انوار التنزيل واسرار التأويل ) — ناصر الدين ابو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازى البيضاوى ( ٧٩١ هـ ) — دار المعهد الجديد للطباعة — القاهرة — ١٣٨٠ هـ .
- ٣ — تيسير العلى القدير لاختصار تفسير ابن كثير — محمد نسيب الرغافى — الطبعة الاولى — بيروت — ١٣٩٢ هـ .
- ٤ — جامع البيان عن تأويل آى القرآن — ابو جعفر محمد بن جرير الطبرى ( ٣١٠ هـ ) ط ٢ سنة ١٣٧٣ هـ . مطبعة البابى الحلبي — القاهرة .

### ثانيا : السنة :

- ١ — ارشاد السارى لشرح صحيح البخارى — شهاب الدين احمد بن محمد القسطلانى ( ٩٢٣ هـ ) المطبعة الميمنية — القاهرة ( ١٣٢٧ هـ ) مع تحفة البارى لتركيا الانصارى مع شرح النووى على مسلم .
- ٢ — التاج الجامع الأصول فى احاديث الرسول صلى الله عليه وسلم — ابو السعادات مبارك بن محمد بن الاثير ( ٦٠٦ ) ط ٣ ( ١٣٨١ هـ ) . ومعه غاية المأمول شرح التاج الجامع الأصول .
- ٣ — سنن ابن ماجه — الحافظ ابو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزوينى ( ٢٧٥ هـ ) م الباب الحلبي — القاهرة ( ١٣٧٣ هـ ) تحقيق محمود غؤاد عبد الباقي .
- ٤ — سنن أبى داود — الحافظ ابو داود سليمان بن الأشعث السجستانى ( ٢٧٥ هـ ) — م السعادة ( ١٣٦٩ هـ ) .
- ٥ — سنن النسائى :  
للحافظ ابو عبد الرحمن بن شعيب بن على النسائى ( ٣٠٣ )  
المطبعة الهندية . ومعه شرح السيوطى وحاشية السندى .

٦ — عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذى — أبو بكر محمد بن عبدالله  
ابن العربى ( ٥٤٣ هـ ) م دار العلم — دمشق .

٧ — فتح البارى بشرح صحيح البخارى — أحمد بن على بن حجر  
العسقلانى ( ٨٥٢ هـ ) م السلفية .

٨ — كتاب الاعتبار فى بيان الناسخ والمنسوخ من الآثار — أبو بكر محمد  
ابن موسى بن عثمان بن حازم الهمذانى ( ٥٨٤ هـ ) م الاندلس —  
حصص . ط ١ ( ٣٨٦ هـ )

٩ — مختصر صحيح مسلم للحافظ المنذرى — تحقيق محمد ناصر الالبانى —  
ط ١ ( ١٣٨٨ هـ ) باشراف الدار الكويتية للطباعة — الكويت .

١٠ — مسند الامام أحمد — أحمد بن حنبل ( ٢٤١ هـ ) وبهامشه منتخب كنز  
العمال فى سنن الأقوال والأفعال م بيروت — المكتب الإسلامى .  
دار صادر .

١١ — منتقى الأخبار لشيخ الاسلام ابن تيمية مجد الدين عبد السلام  
ابن عبد الله الحرانى ( ٦٢١ هـ ) مع نيل الأوطار .

١٢ — نصب الراية الى تخريج أحاديث الهداية — جمال الدين محمد بن  
عبد الله بن يوسف الزيلعى ( ٧٦٢ هـ ) ط ١ ( ١٣٥٧ هـ ) م دار  
المأمون — القاهرة .

١٣ — نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار — محمد بن على بن محمد الشوكانى  
( ١٢٥٠ هـ ) ط الأخيرة م البابى الحلبي — القاهرة .

١٤ — النهاية فى غريب الحديث والأثر — مجد الدين أبو السعادات المبارك  
ابن محمد الجزرى ( ابن الأثير ) ( ٦٠٦ هـ ) . م دار احياء الكتب  
العربية — القاهرة .

### ثالثا : كتب الفقه الإسلامى :

#### ١ — المذهب الحنفى :

١ — اختلاف أبى حنيفة ، وابن أبى ليلى — أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم  
الأنصارى ( ١٨٢ هـ ) ط ١ م الوفاء — القاهرة ( ١٣٥٧ هـ ) .

- ٢ — الاختيار لتعليل المختار — عبد الله بن محمود بن مودود الموصلى —  
م البابى الطبى ط ٢ ( ١٣٧٠ هـ ) .
- ٣ — الأشباه والنظائر — زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم المصرى  
( ٩٧٠ هـ ) تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل — م الطبى — القاهرة  
( ١٣٨٧ هـ ) .
- ٤ — الاشراف على مسائل الخلاف والاجماع لأبى بكر بن المنذر ( ٣٠٩ هـ  
أو ٣١٠ هـ ) — مخطوطة مصورة عن الأصل فى الرباط الأحمدى  
بالمدينة المنورة تحت رقم ( ٢٨٩ ) وهى موجودة فى مكتبة الموسوعة  
الفقهية فى وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية — الكويت .
- ٥ — بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع — علاء الدين أبو بكر بن مسعود  
الكاسانى ( ٥٨٧ هـ ) م الامام — القاهرة .
- ٦ — تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق — غفر الدين عثمان بن على الزيلعى  
( ٧٤٢ هـ ) ط الثانية م الامرية ( ١٣١٤ هـ ) .
- ٧ — تحفة الفقهاء — علاء الدين السمرقندى ( ٥٣٩ هـ ) م جامعة دمشق —  
ط ١ ( ١٣٧٧ هـ ) .
- ٨ — جامع الصندر الشهيد فى ترتيب الجامع الصغير للإمام محمد بن الحسن  
الصندر الشهيد — حسام الدين عمر بن عبد العزيز البخارى  
( ٥٣٦ هـ ) — مخطوط رقم ( ٧٠ ) فى المكتبة المركزية — بجامعة الامام  
محمد بن سعود الإسلامية .
- ٩ — حاشية بغية الالمى فى تخريج الزيلعى على نصب الراية للزيلعى —  
ط ١ ( ١٣٥٧ هـ ) — م دار المأمون — القاهرة .
- ١٠ — حاشية الدرر على الفرر — أبو سعيد محمد بن مصطفى بن عثمان  
الخادمى م دار السعادة التركية — مطبعة عثمانية ( ١٣١٠ هـ ) .
- ١١ — حاشية رد المحتار على الدر المختار — شرح تنوير الأبصار — محمد  
أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد الشهير ( بابن عابدين )  
١٢٥٢ هـ . ط ٢ ( ١٣٨٦ هـ ) م الطبى — القاهرة .
- ١٢ — حاشية سعدى جلى ( ٩٤٥ هـ ) على العناية والهداية — مطبوع  
على هامش شرح فتح القدير . ط ١ ( ١٣١٦ هـ ) م بولاق — القاهرة .

- ١٣- حاشية الطحطاوى على الدر المختار - أحمد الطحطاوى الحنفى -  
م بيروت (١٣٩٥ هـ) .
- ١٤- الدرر الحكام فى شرح غرر الحكام - محمد بن فراموز الشهرير  
بمنلاخسرو ( ٨٨٥ هـ ) ومعه حاشية الشرنبلالى ( ١٠٩٦ هـ ) .  
م أحمد كامل ( ١٣٣٠ هـ ) .
- ١٥- رسالة العرف مع مجموعة الرسائل لابن عابدين محمد أمين بن عمر  
ابن عبد العزيز ( ١٢٥٢ ) هـ - م سى ( ١٣٢٥ هـ ) .
- ١٦- رمز الحقائق فى شرح كنز الدقائق - بدر الدين أبو محمد محمود  
ابن أحمد بن موسى العيلى ( ٨٥٥ هـ ) م الأميرية - القاهرة ( ١٢٨٥ هـ ) .
- ١٧- العناية - أكمل الدين محمد بن محمود البابرى ( ٧٨٦ هـ ) مع شرح  
فتح القدير - ط ١ ( ١٣١٦ هـ ) . م بولاق - القاهرة .
- ١٨- الفتاوى الأسعدية - أسعد المدنى الحسينى ( ١١١٦ هـ ) م الخيرية
- ١٩- الفتاوى الغياثية - داود بن يوسف الخطيب - ط ١ م بولاق -  
القاهرة ( ١٣٢٢ هـ ) . وبهامشها فتاوى ابن نجيم صاحب البحر  
الرائق .
- ٢٠- الفتاوى المهدية فى الوقائع المصرية - محمد العباسى - م الأزهرية  
ط ١ ( ١٣٠١ هـ ) .
- ٢١- الفتاوى الهندية تعرف بالعالمكره - السلطان أبو المظفر محبى  
الدين محمد أوزبك ( ١٠٧٠ هـ ) م بولاق - القاهرة - ط ٢ ( ١٣١٠ هـ )  
بهامشها الفتاوى البزازية المسماة ( الجامع الوجيز ) محمد بن محمد  
ابن شهاب المعروف بابن اليزاز الكردى ( ٨٢٧ هـ ) .
- ٢٢- شرح فتح القدير - كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام  
( ٨٦١ هـ ) ط ١ ( ١٣١٦ هـ ) م بولاق - القاهرة .
- ٢٣- المبسوط - شمس الدين محمد بن أحمد بن سهل السرخسى ( ٤٣٨ هـ )  
م . دار المعرفة بيروت - ط ٢ .
- ٢٤- الهداية مع شرح فتح القدير - على بن أبى بكر بن عبد الجليل  
المرغينانى ( ٥٩٣ هـ ) ط ١ ( ١٣١٦ هـ ) م بولاق - القاهرة .

## ٢ - الفقه المالكي :

- ١ - الاشراف على مسائل الخلاف - للقاضي عبد الوهاب بن علي بن بصر البغدادي المالكي ( ٤٢٢ هـ ) م الإدارة - القاهرة .
- ٢ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي ( ٥٩٥ هـ ) ط ٣ ( ١٣٧٩ هـ ) م الطبى القاهرة .
- ٣ - التاج والاكلیل لمختصر خليل - أبو عبد الله محمد بن يوسف العيذري الشهير بالموافق ( ٨٩٧ هـ ) مع مواهب الجليل للحطاب - م مكتبة النجاح - ليبيا - طرابلس .
- ٤ - حاشية الصاوى - أحمد بن محمد الصاوى المالكي ( ١٢٤١ هـ ) مع الشرح الصغير للدردير - م دار المعارف - القاهرة ( ١٩٧٣ م )
- ٥ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير شمس الدين محمد بن أحمد غرفة الدسوقي ( ١٢٣٠ هـ ) م المكتبة التجارية الكبرى - بيروت
- ٦ - حاشية الرهونى على الزرقانى - محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهونى بهامشها حاشية محمد بن المدنى . ط ١ م . بولاق - القاهرة ( ١٣٠٦ هـ ) .
- ٧ - الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك - أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي الشهير بالدردير ( ١٢٠١ هـ ) م . دار المعارف - القاهرة ( ١٩٧٣ م ) .
- ٨ - الفروق - شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجى المشهور بالقرافى ( ٦٨٤ هـ ) ط أولى - ١٣٤٦ هـ - القاهرة .
- ٩ - المدونة الكبرى - رواية سحنون بن سعيد التنوخى عن الامام عبد الرحمن بن القاسم - ط أولى ( ٢٣٢٣ هـ ) م السعادة .
- ١٠ - المقدمات المهدات لبيان ماقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات الشرعية لأهميات مسائلها المشكلات - أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد ( ٥٢٠ هـ ) م السعادة .

١١ — الموافقات في أصول الشريعة — لأبى اسحق الشاطبى ابراهيم  
ابن موسى اللخمي الغرناطى (٧٩٠ هـ) م المكتبة التجارية — القاهرة .

١٢ — مواهب الجليل لشرح مختصر خليل — أبو عبد الله محمد بن  
عبد الرحمن الطرابلسى المغربى المعروف بالخطاب ( ٩٥٤ هـ )  
م النجاح — طرابلس — ليبيا .

### ٣ — الفقه الشافعى :

١ — الأشباه والنظائر . جلال الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن أبى بكر  
السيوطى ( ٩١١ هـ ) م الحلبي — القاهرة ( ١٩٣٨ م ) .

٢ — الأم — أبو عبد الله محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان الشافعى  
( ٢٠٤ هـ ) م بولاق — القاهرة ( ١٣٢٩ هـ ) .

٣ — تحفة المحتاج شرح على المنهاج — أبو العباس شهاب الدين أحمد  
ابن محمد بن حجر الهيثمى ( ٩٧٤ هـ ) م مصطفى محمد ( ١٣٠٤ هـ ) .

٤ — الحاوى للفتاوى — جلال الدين عبد الرحمن أبو بكر محمد السيوطى  
( ٩١١ هـ ) م السعادة — القاهرة — ط ٣ ( ١٩٥٩ م ) .

٥ — روضة الطالبين — أبو زكريا يحيى بن شرف النووى الدمشقى  
( ٦٧٦ هـ ) م المكتب الاسلامى — دمشق .

٦ — شرح المنهاج لجلال الدين محمد بن أحمد المحلى .

٧ — فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب — أبو يحيى زكريا بن محمد  
الانصارى ( ٩٢٥ هـ ) م الحلبي — القاهرة — ( ١٣٥٣ هـ ) .

٨ — قواعد الأحكام في مصالح الأنام — عز الدين بن عبد السلام  
( ٦٦٠ هـ ) — هـ ١٣٥٣ هـ — م الاستقامة — القاهرة .

٩ — المجموع شرح المذهب — أبو زكريا يحيى الدين بن شرف النووى  
( ٦٧٦ هـ ) م التضامن الأخوى — القاهرة ( ١٣٥٢ هـ ) .



١٠- الجبوع للنوى — التكملة الثانية للمجموع — محمد بن نجيب  
المطيعي م الامام — القاهرة .

١١- مختصر المزنى على هامش كتاب الأم — ابو ابراهيم اسماعيل  
ابن يحيى بن اسماعيل المزنى ( ٢٦٤ هـ ) م بلاق — القاهرة —  
( ١٣٢٩ هـ ) .

١٢- المذهب — ابو اسحق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروز آبادي  
الشيرازي ( ٤٧٦ هـ ) م الحلبي — القاهرة .

١٣- النظم المستعذب في شرح غريب المذهب — محمد بن أحمد بن بطل  
الركبي — م الحلبي — القاهرة . مع المذهب الشيرازي .

١٤- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج — شمس الدين محمد بن ابي العباس  
أحمد بن حمزة الرملی ( ١٠٠٤ هـ ) م الحلبي — القاهرة ( ١٣٥٧ هـ )  
بهامشها حاشية على نهاية المحتاج — على بن على الشبراملي  
( ١٠٨٧ هـ ) .

١٥- الوجيز في فقه الامام الشافعي — أبو حامد محمد بن محمد الغزالي  
( ٥٠٥ هـ ) م الآداب والمؤيد — القاهرة ( ١٣١٧ هـ ) .

#### ٤ — الفقه الحنبلي :

١ — أعلام الموقعين عن رب العالمين — ابن القيم الجوزية ( ٧٥١ هـ )  
تحقيق وضبط عبد الرحمن الوكيل م دار الكتب الحديثة — القاهرة .  
( ١٣٨٩ هـ ) .

٢ — الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام أحمد  
ابن حنبل علاء الدين أبو الحسن بن سليمان المرداوي . ط ١  
( ١٣٧٥ هـ ) م السنة المحمدية — القاهرة .

٣ — صحيح الفروع — علاء الدين أبو الحسن على بن سليمان المرداوي  
الصالحی ( ٨٨٥ هـ ) مراجعة عبد الستار أحمد غراج — مع الفروع  
ط ٢ — م دار السعادة — القاهرة .

٤ — الشرح الكبير على متن المتن — شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن  
ابن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ( ٦٨٢ هـ ) ط ١ ، ٢  
( ١٣٤٦ هـ ، ١٣٤٧ هـ ) م المنار — القاهرة .

٥ — الفروع — شمس الدين المقدسى أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسى  
( ٧٦٢ هـ ) ط ٢ — م دار مصر للطباعة — القاهرة — مراجعة  
٦ عبد الستار أحمد فراج .

٧ — القواعد النورانية الفقهية — شيخ الاسلام أبو العباس تقي الدين  
أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله المعروف بابن تيمية  
( ٨٢٧ هـ ) تحقيق محمد حامد غنى — ط ١ — ١٣٧٠ هـ — م السنة  
٨ المحمدية — القاهرة .

٩ — الكافي — موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة  
( ١٢٠ هـ ) ط ١ ( ١٣٨٢ هـ ) منشورات المكتب الإسلامى — دمشق .

١٠ — كشف القناع على متن الاقتناع — منصور بن يونس بن أدريس  
البهوتى ( ١٠٥١ هـ ) م الحكومة — مكة ( ١٣٩٤ هـ ) .

١ — المغنى مع الشرح الكبير — أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد  
ابن قدامة ( ٦٢٠ هـ ) ط ١ ، ٢ ( ٣٤٦ هـ ) ، ٤ ( ١٣٤٧ هـ ) م المنار —  
٢ القاهرة .

٣ — ١٠ — المقنع — موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة  
( ٦٢٠ هـ ) ط ( ١٣٢٢ هـ ) م المنار الإسلامية — القاهرة — مع  
١٣ حاشية على المقنع لأحدهم ( لم يذكر اسمه ) .

#### ٥ — مؤلفات حديثة :

١ — ١ — الأجرة — مصطفى كمال وصفى — بحث مطبوع على الآلة الكاتبة  
١٥ فى مكتبة موسوعة الفقه الإسلامى فى وزارة الأوقاف والشئون  
الإسلامية — الكويت .

٢ — ٢ — أحكام عقود التأمين — عبد الله بن زيد آل محمود — م قطر الوطنية  
١٦ ( ١٣٩٣ هـ ) .

٣ — ٣ — اشتراكية الإسلام — مصطفى السباعى — ط ٢ ( ١٩٦٠ م ) م دار  
١٧ المطبوعات العربية — دمشق .

٤ — ٤ — الاقتصاد الإسلامى ( مذهباً ونظماً ) دراسة مقارنة . إبراهيم  
١٨ الطحاوى م الأميرة القاهرة سنة ١٣٩٤ هـ .

- ٥ — درر الحكام شرح مجلة الأحكام — على حيدر — تعريب غمهي الحسينى — م بيروت .
- ٦ — شرح المجلة — سليم رستم باز اللبنانى — ط ٣ م الأدبية — بيروت ( ١٩٣٢ م ) .
- ٧ — العرف والعادة فى رأى الفقهاء — أحمد غمهي أبو سنة — م الأزهر ( ١٩٤٩ م ) .
- ٨ — الفرر أثره فى العقود فى الفقه الاسلامى — الصديق محمد الامين الضير ط ١ ( ١٣٨٦ هـ ) .
- ٩ — مجلة الأحكام العدلية — ط ٥ ( ١٣٨٨ هـ ) م شعاركو .
- ١٠ — مختصر أحكام المعاملات — على الخفيف — ط ٤ ( ١٣٧١ هـ ) م السنة المحمدية — القاهرة .
- ١١ — المدخل الفقهي العام — مصطفى أحمد الزرقا م الف بء — دمشق — ط ٩ ( ١٩٦٧ م ) .
- ١٢ — المدخل لدراسة الفقه الاسلامى — محمد الحسينى الحنفى — م دار النهضة العربية — القاهرة — ط ٣ ( ١٩٧٤ م ) .
- ١٣ — مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان — محمد قدرى باشا — ط ١ ( ١٣٣٨ هـ ) م المكتبة المصرية — القاهرة .
- ١٤ — مصادر الحق فى الفقه الاسلامى — د . عبد الرازق السنهورى — م دار المعارف — القاهرة ( ١٩٦٨ م ) .
- ١٥ — المعاملات الشرعية المالية — أحمد ابراهيم بك — م النصر — القاهرة ( ١٣٥٥ هـ ) .
- ١٦ — المعاملات فى الشريعة الاسلامية والقوانين العربية — أحمد أبو الفتح ط ١ ( ١٣٣٢ هـ ) م البسفور — القاهرة .
- ١٧ — المعاملات الضرورية فى المعاملات الشرعية — محمد عارف الجويجاني ط ١ . م الترقى — دمشق ( ١٣٤٥ هـ ) .
- ١٨ — مناهج الاجتهاد فى الاسلام فى الأحكام الفقهية والعقائدية — د. محمد سلام مذكور . ط ١ ( ١٩٧٣ م ) م العصرية — الكويت .

- ١٩- الموسوعة الفقهية المصرية - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ( ١٣٨٦ هـ ) م دار التحرير - القاهرة .
- ٢٠- النظام الاقتصادي في الإسلام - تقي الدين النبهاني - ط ٣ ( ١٣٧٢ هـ ) .
- ٢١- نظرية الشروط المترتبة بالعقد في الشريعة والقانون - زكي الدين شعبان ط ١ ( ١٩٦٨ م ) م دار النهضة العربية القاهرة .

#### رابعاً : أصول الفقه :

- ١ - الأحكام في أصول الأحكام - أبو محمد علي بن حزم الاندلسي الظاهري ( ٤٥٦ هـ ) ط ١ ( ١٣٤٧ هـ ) . م السعادة - القاهرة .
- ٢ - أصول مذهب الإمام أحمد بن حنبل ( دراسة أصولية مقارنة ) . د. عبد الله عبد المحسن التركي . م جامعة عين شمس ( ١٩٧٤ م ) .
- ٣ - روضة الناظر وجنة المناظر - الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة . ( ٦٢٠ هـ ) م السلفية - القاهرة ( ١٣٨٥ م ) ،
- ٤ - القياس في الشرع الإسلامي - شيخ الإسلام ابن تيمية ، وتلميذه ابن القيم - م السلفية - القاهرة ( ١٣٨٥ هـ ) .
- ٥ - ملخص إبطال القياس والرأى والاستحسان والتقليد والتعليل - ابن حزم - م دار الفكر - ط ٢ ( ١٣٨٩ هـ ) .
- ٦ - نظرية الإباحة عند الأصوليين - محمد سلام مذكور - ط ٢ ( ١٣٨٥ هـ ) - القاهرة .
- ٧ - إرشاد الفحول - للشويكاني - محمد بن علي الشويكاني . بدون سنة طبع .
- ٨ - الأحكام - للأمدى - سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي ابن محمد تعليق عبد الرزاق عفيفي ط ١ م النور .

#### خامساً : النظام الوضعي :

- ١ - شرح أحكام عقد المزاولة - محمد لبيب شنب - م دار النهضة العربية - القاهرة - ( ١٩٦٢ م ) .

- ٢ — عقد الاستصناع — رسالة دكتوراه من باريس سنة ( ١٩٣٧ م )  
مطبوع على الآلة الكاتبة — في مكتبة المعهد الفرنسي — بالقاهرة .  
لؤلفها : داغيد فرانسكو .

2 — LEMARCH A FACON-Francois DAVID.

- ٣ — المبادئ القضائية لأحكام محكمة التمييز العراقية — عبد الرحمن  
العلام م العاني — بغداد ( ١٩٥٧ م ) .  
٤ — مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري — م دار الكتاب  
العربي — القاهرة .  
٥ — نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية —  
د. عبد الناصر توفيق العطار — الكتاب الأول في مصادر الالتزام —  
م السعادة — القاهرة — ( ١٩٧٥ م ) .  
٦ — نظرية العقد — عبد الرازق السنهوري — ط ١٩٣٤ م .  
٧ — الوسيط في شرح القانون المدني الجديد — عبد الرازق أحمد  
السنهوري — م جرينج — القاهرة ( ١٩٥٢ م ) .

سادسا : معاجم اللغة :

- ١ — معجم متن اللغة — أحمد رضا .  
٢ — المصباح المنير في غريب الشرح الكبير — أحمد بن محمد بن علي  
المقري الفيومي ( ٧٧٠ هـ ) .  
٣ — لسان العرب — ابن منظور — جمال الدين أبو الفضل محمد بن جلال  
الدين أبو العزم مكرم ( ٧١١ هـ ) .  
٤ — مختار الصحاح — محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي — ترتيب  
محمود خاطر .  
٥ — الصحاح — اسماعيل بن حماد الجوهري ( ٣٩٣ هـ ) .  
٦ — تاج العروس — محمد مرتضى الزبيدي .  
٧ — أساس البلاغة — أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري ( ٥٣٨ هـ ) .

### سابعاً : كتب التراجم :

- ١ — الأعلام — خير الدين الزركلى . ط ٣ — م بيروت ( ١٩٦٩ م ) .
- ٢ — طبقات الفقهاء — طائش كبرى زاده — ط ٢ ( ١٩٦١ م ) الزهراء الحديثة — الموصل .
- ٣ — المنهج الأحمد فى تراجم اصحاب الامام احمد — أبو اليمى مجير الدين العليمى ( ٩٢٨ هـ ) م المدنى — القاهرة ( ١٣٨٣ هـ ) .

### ثامناً : مصادر متنوعة :

- ١ — الاسلام ومشكلات الحضارة — سيد قطب — م دار احياء الكتب العربية — القاهرة ( ١٩٦٢ م ) .
- ٢ — معركة الاسلام والراسمالية — سيد قطب — ط ٢ ( ١٣٨٦ هـ ) .
- ٣ — المرشد الى آيات القرآن الكريم وآياته — محمد فارس بركات — ط ٣ ( ١٣٨٨ هـ ) م دمشق .
- ٤ — مجلة البحوث الاسلامية — مجلد ١ — عدد ٢ ، صادر عن هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية — الرياض .

\* \* \*

## فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٧	المقدمة . . . . .
٨	خطة البحث . . . . .
١٣	الباب التمهيدى . . . . .
	<b>الفصل الأول : العمل والاستصناع</b>
	المبحث الأول : أهمية العمل في الشريعة الإسلامية . . . . .
١٧	المبحث الثانى : لمحة تاريخية عن الاستصناع . . . . .
٢٠	الهدف من المعاملات في الإسلام . . . . .
	المبحث الثالث : الاستصناع بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية . . . . .
٢٢	<b>الفصل الثانى : مدى حرية المكلف في انشاء العقود</b>
	تمهيد . . . . .
	المبحث الأول : مجمل الآراء حول الموضوع . . . . .
٢٣	رأى الحنفية . . . . .
٢٤	رأى المالكية ، الشافعية . . . . .
٢٥	رأى الحنابلة . . . . .
	المبحث الثانى : أدلة القائلين بأن الأصل في العقود الإباحة . . . . .
	من الكتاب . . . . .
٢٨	من السنة . . . . .
٢٩	الاعتبار . . . . .
	المبحث الثالث : أدلة الرأى الثانى القائل بأن الأصل في العقود الخطر . . . . .
٣٠	١ - الكتاب . . . . .
	٢ - السنة . . . . .
٣١	٣ - المعقول . . . . .
٣٢	المبحث الرابع : خلاصة رأى ابن حزم . . . . .
	مناقشته . . . . .
٣٣	رد ابن تيمية ما استدل به ابن حزم . . . . .
	رد ابن تيمية للدليل العقلى الذى استدل به ابن حزم . . . . .
	كلمة لابد منها . . . . .

الصفحة	الموضوع
	المبحث الخامس : رأى النظام الوضعى فى مدى حرية المكلف فى
٣٦	انشاء العقود . . . . .
	الخلاصة والترجيح . . . . .
٣٧	الرأى الراجح . . . . .
٣٩	<b>الفصل الثالث : التعاقد على المعدوم</b>
	المبحث الأول : حكم بيع المعدوم . . . . .
٤٠	المبحث الثانى : علة منع بيع المعدوم عند الفقهاء ومناقشتها . . . . .
	١ - أنه بيع غرر . . . . .
	الرد على ذلك . . . . .
٤١	٢ - أنه من بيع معاومة . . . . .
	الرد على هذا الاستدلال . . . . .
	٣ - أنه من بيع ما ليس عند الانسان . . . . .
٤٢	الرد على هذا الدليل . . . . .
٤٣	الجواب . . . . .
	المبحث الثالث : رأى ابن القيم فى بيع المعدوم . . . . .
٤٥	المبحث الرابع : القاعدة فى بيع المعدوم . . . . .
	المبحث الخامس : الاستصناع وبيع المعدوم . . . . .
	رأى الحنابلة فى الاستصناع . . . . .
٤٦	توضيح . . . . .
٤٨	رأى الحنفية . . . . .
	رأى النظام الوضعى فى بيع المعدوم . . . . .
٥٠	المناقشة . . . . .
٥١	<b>الباب الأول : مفهوم الاستصناع وهل هو عقد أم وعد ؟</b>
٥٣	<b>الفصل الأول : تعريف الاستصناع . . . . .</b>
	المبحث الأول : التعريف اللغوى للاستصناع . . . . .
٥٤	الخلاصة . . . . .
	المبحث الثانى : التعريف الاصطلاحى للاستصناع عند الفقهاء . . . . .
	تمهيد . . . . .
	الفرع الأول : تعريف الاستصناع عند اصحاب الاتجاه الأول
٥٥	( الحنفية ) . . . . .
	الطريق الأول : التعريف بذكر صورة ( اى بالرسم ) . . . . .
	ما تنفذه هذه الصور من نوع المال المصنوع . . . . .
٥٧	الطريق الثانى لتعريف الاستصناع ( التعريف بالحد ) . . . . .
	الاتجاه الأول . . . . .
٥٨	الاتجاه الثانى . . . . .



الصفحة	الموضوع
٥٩	المقارنة . . . . .
	التعريف المختار للاستصناع . . . . .
	وجه الترجيح . . . . .
٦٠	شرح التعريف . . . . .
٦١	مقومات الاستصناع . . . . .
٦٣	الفرع الثاني : تعريف الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثاني .
	تمهيد . . . . .
	المطلب الأول : تعريف الاستصناع عند المالكية . . . . .
٦٥	انواع المال المصنوع عند المالكية . . . . .
٦٦	تعريف الاستصناع عند المالكية . . . . .
	اساس التعريف . . . . .
٦٧	شرح التعريف . . . . .
	المطلب الثاني : تعريف الاستصناع عند الشافعية . . . . .
	التمهيد . . . . .
٦٨	السلم بالصناعات عند الامام الشافعي . . . . .
	القسم الاول : السلف في الصناعات المكونة من مادة خام واحدة
٦٩	القسم الثاني : المصنوع من مادتي خام فاكثر ما عدا المادة المزينة
٧٠	تعريف الاستصناع عند الامام الشافعي . . . . .
	ما جاء في كتاب الام . . . . .
٧١	تعريف آخر للاستصناع عند الشافعي . . . . .
٧٢	الترجيح . . . . .
	المطلب الثالث : تعريف الاستصناع عند الحنابلة . . . . .
	التمهيد . . . . .
	تعريف الاستصناع عند الحنابلة . . . . .
٧٣	اساس التعريف . . . . .
	شرح التعريف . . . . .
٧٤	المبحث الثالث : تعريف الاستصناع في النظام الوضعي .
	التمهيد . . . . .
	الفرع الاول : تعريف الاستصناع عند داغيد . . . . .
٧٥	الفرع الثاني : تعريف الاستصناع في المذني العراقي . . . . .
	الفرع الثالث : تعريف الاستصناع في المذني المصري . . . . .
٧٦	المناقشة . . . . .
٧٧	الفصل الثاني : الاستصناع عقد أم وعد . . . . .
	المبحث الاول : مفهوم العقد والوعد . . . . .
	الفرع الاول : تعريف العقد لغة . . . . .

الصفحة	الموضوع
	الفرع الثاني : تعريف العقد اصطلاحاً . . . . .
٧٨	الفرع الثالث : مفهوم الوعد . . . . .
	تعريف الوعد لغة . . . . .
	تعريف الوعد اصطلاحاً . . . . .
	المبحث الثاني : الفرق بين العقد والوعد والآثار المترتبة على هذا
	الفرع الأول : الفرق بين العقد والوعد . . . . .
٧٩	المطلب الأول : الرأي الأول القائل بأن الاستصناع وعد لا عقد . . . . .
٨٠	المطلب الثاني : الأدلة ومناقشتها . . . . .
	المطلب الثالث : حكم الاستصناع على أنه عقد وليس بوعد والأدلة
٨٢	ومناقشتها . . . . .
	أدلة الجمهور القائل بأن الاستصناع عقد وليس وعد . . . . .
٨٥	<b>الفصل الثالث : دراسة العقد بصورة عامة . . . . .</b>
	المبحث الأول : مفهوم العقد . . . . .
	الفرع الأول : تعريف العقد لغة . . . . .
٨٦	الفرع الثاني : تعريف العقد اصطلاحاً . . . . .
	الفرع الثالث : تعريف العقد في النظام الوضعي . ورأي التريعة
	فيه . . . . .
٨٧	العلاقة بين العقد والتصرف . . . . .
٨٨	المبحث الثاني : تقسيمات العقد في الفقه الاسلامي . . . . .
	الفرع الأول : تقسيم العقود في كتاب البدائع . . . . .
	الفرع الثاني : تقسيم العقود في كتاب المنع . . . . .
٨٩	المقارنة . . . . .
٩٠	المبحث الثالث : المقومات الأساسية للعقد . . . . .
٩٠	١ - صيغة العقد . . . . .
٩١	٢ - العاقدان . . . . .
	٣ - المعقود عليه . . . . .
٩٣	الباب الثاني : حكم عقد الاستصناع . . . . .
٩٥	<b>الفصل الأول : حكم عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول . . . . .</b>
	المبحث الأول : رأي فقهاء الحنفية في عقد الاستصناع . . . . .
	الفرع الأول : رأي جمهور فقهاء الحنفية . . . . .
٩٦	الفرع الثاني : رأي المسائعين للاستصناع . . . . .
	المبحث الثاني : الأدلة . . . . .
	الفرع الأول : دليل المشروعية عند أصحاب الاتجاه الأول . . . . .
	المطلب الأول : أدلة المجيزين للاستصناع . . . . .
٩٧	وجه الاستحسان . . . . .

الصفحة	الموضوع
٩٨	وجه آخر للاستحصان
٩٩	المطلب الثاني : السنة
١٠٠	المطلب الثالث : الاجماع
	المطلب الرابع : المعقول
١٠٣	خلاصة القول
	الفرع الثاني : أدلة المانعين
	المنافسة والترجيح
١٠٤	المبحث الثالث - حكمة مشروعية عقد الاستصناع
	<b>الفصل الثاني : حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثاني</b>
١٠٦	وصلته بالسلم
	المبحث الأول : حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثاني
	الفرع الأول : حكم الاستصناع عند المالكية
١٠٨	مسألة الشروع في الصنع
	راينا في المسألة
١١٠	الفرع الثاني : حكم الاستصناع عند الشافعية
١١٢	الصناعة بالقالب
	علة المنع عند الشافعية
١١٣	راى المطيعى
١١٤	راى أبو سنة ومناقشته
	الفرع الثالث : حكم الاستصناع عند الحنابلة
١١٥	السلم بالصناعات عند الحنابلة
	نوع الأموال المصنوعة
	صورة أخرى للاستصناع عند الحنابلة
١١٦	علة في المنع
	الفرع الرابع : خلاصة راى أصحاب الاتجاه الثاني في الاستصناع
١١٧	المبحث الثاني : حكم السلم في الصناعات عند أصحاب الاتجاه الثاني
	الفرع الأول : مشروعية السلم
	الفرع الثاني : أدلة المشروعية
	الكتاب
١١٨	السنة
	الاجماع
	الفرع الثالث : حكمة المشروعية
١١٩	الفرع الرابع : الشروط الخاصة بالسلم
	القسم الأول : الشروط المتفق عليها بين الفقهاء
١٢١	القسم الثاني : الشروط المختلف فيها بين الفقهاء
١٢٣	<b>الفصل الثالث : حكم الاستصناع عند المذاهب الأخرى</b>
	المبحث الأول : الظاهرية

الموضوع	الصفحة
المبحث الثاني : الشيعة الجعفرية . . . . .	
<b>الفصل الرابع : حكم الاستصناع في النظام الوضعي . . . . .</b>	١٢٤
<b>الباب الثالث : تكييف عقد الاستصناع . . . . .</b>	١٢٥
<b>الفصل الأول : تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول</b>	١٢٧
المبحث الأول : جملة الآراء حول تكييف عقد الاستصناع عند الحنفية	
الفرع الأول : الاستصناع بيع . . . . .	
الأمور التي خالف فيها الاستصناع البيع المطلق . . . . .	١٢٨
أولا : اثبات خيار الرؤية . . . . .	
ثانيا : اشتراط العمل في الاستصناع . . . . .	
رأينا . . . . .	١٢٩
رأى المخالفين في كون الاستصناع بيعا . . . . .	
الفرع الثاني : الاستصناع اجارة محضة . . . . .	١٣٠
في اجارة الصانع للعمل . . . . .	١٣١
الاجارة على الصنع تختلف عن الاستصناع . . . . .	١٣٢
الفرع الثالث : الاستصناع اجارة ابتداء بيع انتهاء . . . . .	
الترجيح . . . . .	١٣٣
<b>الفصل الثاني : تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب النظام الوضعي</b>	١٣٥
المقالة في المدنى المصرى ذات شقين . . . . .	
فقهاء القانون الوضعي . . . . .	١٣٦
داغيد . . . . .	
السنهورى . . . . .	
المبحث الأول . . . . .	١٣٧
الفرع الأول : الاستصناع عقد بيع لشيء مستقبل . . . . .	
المناقشة . . . . .	١٣٨
الفرع الثاني : الاستصناع عقد مقالة واقع على العمل . . . . .	١٣٩
الفرع الثالث : الاستصناع عقد مقالة ان كانت المادة اقل قيمة	
من العمل ، وعقد بيع ان كان العمل اقل قيمة من المادة . . . . .	
الفرع الرابع : الاستصناع عقد مقالة ابتداء بيع انتهاء . . . . .	١٤٠
المبحث الثاني : الراى الراجع عند فقهاء النظام الوضعي . . . . .	
الفرع الأول : الراجع عند السنهورى . . . . .	
الفرع الثاني : الراجع عند داغيد . . . . .	١٤١
<b>الباب الرابع : المقومات والشروط . . . . .</b>	١٤٣
<b>الفصل الأول : المقومات . . . . .</b>	١٤٥
المبحث الأول : المقومات العامة للاستصناع وغيره من العقود . . . . .	
المبحث الثاني : ركن الاستصناع . . . . .	
الفرع الأول : المراد بالصيغة . . . . .	

الصفحة	الموضوع
١٤٦	الصيغة القولية . . . . .
	المعاطاة . . . . .
١٤٧	المبحث الثالث : اركان عقد الاستصناع في النظام الوضعي
١٤٨	<b>الفصل الثاني : الشروط . . . . .</b>
	المبحث الأول : الشروط العامة للاستصناع وغيره . . . . .
	تعريف الشرط لغة . واصطلاحا . . . . .
١٤٩	الفرع الأول : شروط الانعقاد . . . . .
	المطلب الأول : شروط الانعقاد التي ترجع الى العاقد . . . . .
	أ - اهلية التصرف . . . . .
١٥٠	ب - أن يكون العاقد متعددا . . . . .
١٥١	المطلب الثاني : الشروط التي ترجع الى صيغة العقد . . . . .
	المطلب الثالث : الشروط التي ترجع الى البدلين . . . . .
١٥٢	المطلب الرابع : الشروط التي ترجع الى مكان العقد . . . . .
	الفرع الثاني : شروط اللزوم . . . . .
١٥٣	الفرع الثالث : شروط صحة العقد . . . . .
١٥٤	شروط النفاذ . . . . .
١٥٦	المبحث الثاني : الشروط الخاصة بالاستصناع . . . . .
	الفرع الأول : يشترط في المستصنع فيه أن يكون معلوما . . . . .
	المعتود عليه في الاستصناع . . . . .
١٥٧	أدلة الرأي القائل بأن المعتود عليه هو العين . . . . .
١٥٨	أدلة الرأي القائل بأن المعتود عليه هو العمل . . . . .
	المناقشة . . . . .
١٥٩	الرأي الراجح . . . . .
١٦٠	الفرع الثاني : أن يكون مما يجري فيه التعامل . . . . .
١٦٣	المعرف والقياس . . . . .
	أن يكون مما يجري فيه التعامل . . . . .
١٦٤	ما لا يجوز الاستصناع فيه . . . . .
١٦٥	استصناع الآلات والمعدات . . . . .
١٦٦	الفرع الثالث : اشتراط ضرب الأجل . . . . .
	أنواع الأجل . . . . .
	الأجل للاستعجال . . . . .
١٦٧	الأجل للاستمهال . . . . .
	دخول الأجل في السلم . . . . .
	أدلة أصحاب الرأي القائل بأن أقل مدة في السلم هي شهر . . . . .
١٦٨	دليل الفريق القائل بأن أقل مدة في السلم ثلاثة أيام . . . . .
	مناقشة هذا الدليل . . . . .
	دليل الفريق الثالث القائل بأن أقل مدة هي نصف يوم فأكثر . . . . .

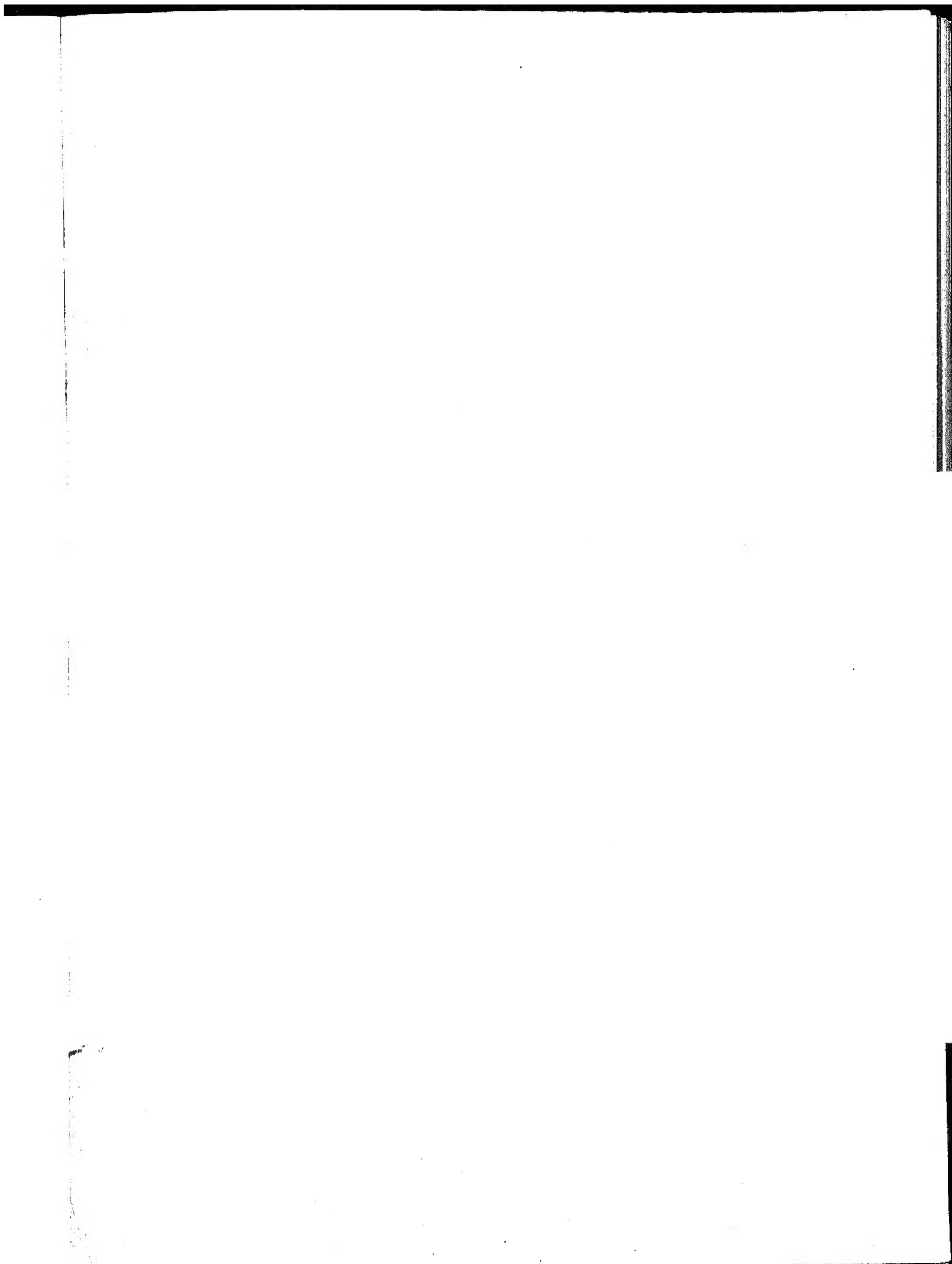
الصفحة	الموضوع
	دليل الفريق الرابع القائل بأن أقل مدة في الأجل يرجع فيها الى
	العرف والعادة . . . . .
١٦٩	راينا . . . . .
	ما المراد بالأجل المذكور في الاستصناع . . . . .
١٧٠	ضرب الأجل في الاستصناع . . . . .
	عند أبي حنيفة : يشترط أن لا يكون هناك أجل يضرب في الاستصناع
	الأدلة . . . . .
١٧٢	رأى الصاحبين في اشتراط الأجل . . . . .
	الأدلة . . . . .
١٧٣	تأييد رأى أبي حنيفة . . . . .
١٧٤	توجيه لرأى الصالحين . . . . .
	مناقشة . . . . .
	راينا . . . . .
١٧٥	رأى آخر . . . . .
	ملخص مسائل التعامل والجل السابقة الذكر . . . . .
١٧٦	تنبيه . . . . .
١٧٧	المبحث الثالث : شروط الاستصناع في النظام الوضعي . . . . .
	شروط التراضي . . . . .
	شروط الانعقاد في التراضي . . . . .
	شروط الصحة في التراضي . . . . .
١٧٨	شروط المحل . . . . .
	الشروط الواجب توافرها في العمل . . . . .
	الشروط الواجب توافرها في الأجر . . . . .
١٧٩	<b>الباب الخامس : عقد الاستصناع بين اللزوم وعدمه . . . . .</b>
١٨١	<b>الفصل الأول : موقف عقد الاستصناع من العقود المسماة . . . . .</b>
	مفهوم اللزوم في اللغة والاصطلاح . . . . .
	مفهوم الالتزام . . . . .
١٨٢	خلاصة ما تقدم . . . . .
	موقف القانون الوضعي من اللزوم والالتزام . . . . .
١٨٣	<b>الفصل الثاني : تقسيم العقود بالنسبة للزوم وعدمه . . . . .</b>
	النوع الأول . . . . .
١٨٤	النوع الثاني . . . . .
	النوع الثالث . . . . .
	موقف عقد الاستصناع من هذه الأنواع . . . . .
	<b>الفصل الثالث : المراحل التي يمر بها الاستصناع وحكم كل مرحلة</b>
١٨٦	من جهة اللزوم وعدمه . عند أصحاب الاتجاه الأول . . . . .

الصفحة	الموضوع
	المبحث الأول : مرحلة ما قبل الصنع
١٨٨	المرحلة الثانية
١٨٩	المرحلة الثالثة
	عند عدم المطابقة للمطلوب صنعه
١٩٠	١ - بالنسبة للصانع
١٩٢	الرأى المختار عند الكاسانى
	مناقشة الكاسانى لرأى أبى يوسف فى الرواية الثانية
١٩٣	٢ - بالنسبة للمستصنع
	<b>الفصل الرابع : الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى</b>
١٩٥	نهايته
١٩٦	رأينا
١٩٧	<b>الفصل الخامس : آثار عقد الاستصناع</b>
	بالنسبة للصانع
	بالنسبة للمستصنع
	<b>الفصل السادس : لزوم عقد الاستصناع أو عدم لزومه فى النظام</b>
١٩٨	الوضعى
١٩٩	<b>الباب السادس : أمور تتعلق بعقد الاستصناع</b>
٢٠١	<b>الفصل الأول : خيار الرؤية عند أصحاب الاتجاه الأول</b>
	المبحث الأول : شروط ثبوت خيار الرؤية
٢٠٢	المبحث الثانى : وقت ثبوت خيار الرؤية
	المبحث الثالث : حكم العقد عند قيام خيار الرؤية
٢٠٣	المبحث الرابع : مسقطات خيار الرؤية
	الاختيارى والضرورى من المسقطات
	١ - الاختيارى
	٢ - الضرورى
٢٠٥	<b>الفصل الثانى : خيار العيب عند أصحاب الاتجاه الأول</b>
	المبحث الأول : مشروعية خيار العيب عند الحنفية
	المبحث الثانى : وقت ثبوت خيار العيب
	المبحث الثالث : شروط ثبوت خيار العيب
٢٠٦	المبحث الرابع : كيفية الرد بخيار العيب
٢٠٧	المبحث الخامس : مسقطات خيار العيب
٢٠٨	<b>الفصل الثالث : خيار الرؤية والعيب فى النظام الوضعى</b>
	المبحث الأول : خيار الرؤية
	المبحث الثانى : خيار العيب

الصفحة	الموضوع
٢٠٩	<b>الفصل الرابع : التنازع بين طرفي عقد الاستصناع</b>
	لا يمين على الطرفين . . . . .
	النزاع في عدم ضبط المواصفات . . . . .
٢١٠	النزاع مع ضبط المواصفات . . . . .
٢١١	<b>الفصل الخامس : الظروف الطارئة</b>
٢١٢	<b>الفصل السادس : الشرط الجزائي في عقد الاستصناع</b>
٢١٤	<b>الفصل السابع : رأى المعاصرين في عقد الاستصناع</b>
٢١٦	الأول : صفة معينة . . . . .
	النوع الثانى : الصفة غير الميئة . . . . .
٢١٧	أما استصناع البناء . . . . .
	تحديد المدة للاستصناع . ووضع الغرامة على ما زاد على المدة
٢١٨	المضروبة . . . . .
٢٢١	<b>الفصل الثامن : دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستصناع</b>
	المبحث الأول : تصنيع العقارات . . . . .
	المبحث الثانى : تصنيع المباني الجاهزة ( السابقة الصنع ) . . . . .
٢٢٣	المبحث الثالث : دراسة لبعض عقود الاستصناع المحلية والخارجية
	التعاقد المحلى . . . . .
٢٢٤	التعاقد الخارجى ( الدولى ) . . . . .
٢٢٦	<b>الفصل التاسع : ما ينتهى به عقد الاستصناع</b>
	أ - من جهة الصانع . . . . .
	ب - من جهة المستصنع . . . . .
	موت الصانع . . . . .
٢٢٨	<b>الخاتمة</b>
٢٣٣	<b>ثبت المراجع</b>



\_\_\_\_\_



مطابع الشريم  
الدمام - المملكة العربية السعودية  
تلفون: ٨٤٣٢٩٦٣

# LE MARCH. A. FAÇON

## في هذا الكتاب

الاستصناع أو ( عقد المفاولة ) درس دراسة مستقبلية في عصر  
المبشرين كمقد مستقل. وبفضل جهود العلماء المسلمين التي اعانهم الله  
عليها حققوا ما لم يحققه العلماء المعاصرين من اصحاب النظم الوضعية  
فهذا دافيد الفرنسي يذكر انه مندهش جداً لانتشار عقد الاستصناع مع  
عدم وجود تنظيم له في التقنين المدني الفرنسي ، ويعزى ذلك الى ان  
اصحاب هذا التقنين في سنة ١٨٠٤م لم يكونوا يعرفون هذا العقد.

نعم في هذه السنة ١٨٠٤م كانت النظم الوضعية لاتزال قاصرة  
عن دراسة ذلك العقد (الاستصناع) الذي اهتم به علماء الفقه الاسلامي  
قبل حوالي ١٢ قرن فماذا نسمى هذا الاهتمام وذلك الاهتمام !

انها عظمة الاسلام وقدرته على حل مشاكل الناس الى ان تقوم

الساعة.

المؤلف

Bibliotheca Alexandrina



0251422

الناشر

دار صالح للنشر والتوزيع

تلفون ٨٢٦٩٩٩٢

ص.ب ٤٣٠٧ الدمام ٣١٤٩١

المملكة العربية السعودية